

HVITBOKEN OM PRIVAT HÅNDHEVELSE AV EF-TRAKTATENS ARTIKKEL 81 & 82

-IMPLEMENTERING I NORSK RETT-

Kandidatnummer:

559 og 606

Leveringsfrist: 25.november 2008

Til sammen 21 688 ord

27.11.2008

Forord

Vi vil gjerne takke vår veileder professor Erling Johan Hjelmeng for god faglig støtte og engasjement. Han har ledet vår avhandling med stø hånd gjennom vanskelig farvann, og vi takker deg for alle faglige diskusjoner og råd.

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Avhandlingens tema	1
1.1.1	Problemstilling.....	2
1.1.2	Avgrensning.....	3
2	BAKGRUNN FOR HVITBOKEN	4
2.1	Situasjonen i Europa	4
2.1.1	Privates håndhevelsesmulighet – rettighet og beskyttelse	6
2.1.2	Kort om kartellforbudet og dominerende stilling	10
2.2	Håndhevelse av konkurransereglene	12
2.2.1	Amerikansk rett som forbilde	12
2.2.2	Offentlig håndhevelse	13
2.2.3	Håndhevelsesorgan og desentralisering	13
2.2.4	Rådsforordning nr 1/2003	14
2.3	Hvitbokens formål og rekkevidde	16
2.3.1	Hvitbokens forslag om privat håndhevelse	17
2.3.2	Konsekvenser ved brudd på reglene - sanksjoner	19
2.3.3	Hvitboken som rettskilde	19
2.3.4	Forslagene i hvitboken.....	20
3	PROSESSUELLE SPØRSMÅL	22
3.1	Innledning	22
3.2	Søksmålsformer	25
3.2.1	Hvitbokens forslag.....	25
3.2.2	Representativt søksmål anlagt av kvalifisert gruppe.....	25
3.2.3	Kollektive søksmål med opt- in mulighet	26

3.2.4	Norsk rett	27
3.2.5	Vurderinger.....	35
3.3	Tilgang på dokumentbevis	36
3.3.1	Hvitbokens forslag.....	36
3.3.2	Adgang til bevismateriale	36
3.3.3	Bevisforspillelse	36
3.3.4	Norsk rett	37
3.3.5	Vurderinger.....	39
3.4	Bindende effekt av nasjonale konkurransemyndigheters avgjørelse i konkurranse saker	40
3.4.1	Hvitbokens forslag.....	40
3.4.2	Beslutning – bindende bevis	40
3.4.3	Forutsetning for bruk av bindende bevis	40
3.4.4	Norsk rett	41
3.4.5	Vurderinger.....	44
3.5	Sakskostnader	45
3.5.1	Hvitbokens forslag.....	45
3.5.2	Tilretteleggelse for forlik	46
3.5.3	Taperen betaler	46
3.5.4	Norsk rett	47
3.5.5	Sakskostnader etter tvisteloven.....	47
3.5.6	Vurderinger.....	48
4	MATERIELLE SPØRSMÅL	50
4.1	Innledning	50
4.2	Skyldkravet som forutsetning for erstatning	50
4.2.1	Hvitbokens forslag.....	50
4.2.2	Norsk rett	51
4.2.3	Vurderinger.....	54
4.3	Erstatningsutmåling	55
4.3.1	Hvitbokens forslag.....	55

4.3.2	Norsk rett	55
4.3.3	Vurderinger.....	56
4.4	Overpris.....	57
4.4.1	Hvitbokens forslag.....	57
4.4.2	Overveltning av overprisen.....	58
4.4.3	Bevisbyrde	58
4.4.4	Norsk rett	59
4.4.5	Vurderinger.....	60
4.5	Foreldelse.....	61
4.5.1	Hvitbokens forslag.....	61
4.5.2	Norsk rett	61
4.5.3	Vurderinger.....	62
4.6	Forholdet til lempning.....	62
4.6.1	Hvitbokens forslag.....	62
4.6.2	Norsk rett	63
4.6.3	Lempningsprogrammet.....	63
4.6.4	Vurderinger.....	66
5	VURDERINGER	67
5.1	Fremtiden til hvitboken.....	67
5.2	Resultater og konklusjon	68
5.2.1	Konklusjon.....	70
6	KILDER	72

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema

Utgangspunktet for denne avhandlingen er hvitboken om privat håndhevelse av konkurransereglene som ble publisert av EU-kommisjonen¹ april 2008.² Hvitboken blir supplert av et arbeidsdokument³ som gjennomgår de enkelte forslag i hvitboken mer grundig, og en analyserapport som vurderer hvitbokens forslag i en økonomisk sammenheng.⁴ En hvitbok er et politisk dokument fra Kommisjonen som gjengir en av EUs handlingsplaner på et bestemt område, i dette tilfellet på konkurranserettens område.⁵

Kommisjonen gav alle interesserte en frist til 15.juli 2008 for å komme med kommentarer til hvitbokens forslag. Kommisjonen vil gjennomgå alle kommentarene for deretter å utgi en kunngjøring, som skal til offentlig høring i desember 2008. Det skal da vurderes om forslagene er tilstrekkelig til å forbedre den private håndhevelse av konkurransereglene.⁶

Konkurransetilsynet har i sitt høringssvar til Fornyings- og administrasjonsdepartementet⁷ ansett implementeringsspørsmålet som svært sentralt, og i den forbindelse fremlagt tre spørsmål. For det første må det vurderes hvilken betydning initiativet har for Norge og de

¹ Heretter omtalt som Kommisjonen.

² White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules COM (2008) 165 final, Brüssels 2.4. 2008. Heretter omtalt som hvitboken.

³ Commission Staff Working paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules (SEC (2008) 404). Heretter omtalt som arbeidsdokumentet.

⁴ Commission Staff Working paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Impact Assessment (SEC (2008) 405). Heretter omtalt som analyserapporten.

⁵ EU-leksikon.www.europaveien.no.

⁶ Antitrust: Commission presents policy paper on compensating consumer and business victims of competition breaches IP/08/515. Heretter omtalt som Kommisjonens pressemelding.

⁷ Ansvarlig departementet for Norges kommentar til hvitboken.

øvrige EFTA-statene. For det andre - om det vil foreligge en delvis implementerings - forpliktelse for deler av forslaget som gjelder materielle (erstatnings)regler. Til slutt fremheves viktigheten av hvilken form det endelige forslaget fra Kommisjonen vil få.⁸

Når det gjelder betydningen av initiativet for Norge og de øvrige EFTA-statene vil vi behandle dette løpende under hvert enkelt forslag. Når det gjelder spørsmål om delvis implementeringsforpliktelse av materielle erstatningsregler vil dette bli behandlet under den materielle delen i avhandlingen. Det tredje spørsmålet dreier seg om hvilken rettslig form det endelige forslaget fra Kommisjonen vil få. Dette spørsmålet er sentralt, siden det vil få betydning for hvilken forpliktelse Norge vil ha vedrørende hvitboken, og hvordan det vil påvirke EØS-avtalen⁹. Kommisjonen har ikke tatt stilling til EØS-rettslige spørsmål i hvitboken, herunder hvordan forslagene vil påvirke EØS-avtalen. Hvitboken omtaler forslagene kun som ”suggestions”, og det har vært sparsomt med opplysninger rundt dette. Vi behandler dette nærmere under hvitboken som rettskilde.

1.1.1 Problemstilling

Hovedfokuset i denne avhandlingen er å redegjøre for hvitbokens forslag. Vi vil i tillegg vurdere om norsk rett er i overensstemmelse med hvitbokens forslag, og om forslagene er tilstrekkelig egnet til å fremme privat håndhevelse. Problemstillingen er om forslagene i hvitboken er tilstrekkelige virkemidler for effektiv håndhevelse og full erstatning som følge av brudd på EF-traktaten¹⁰ art. 81 og 82. Et avgjørende spørsmål i den forbindelse er hvorvidt norsk rett må endres dersom hvitbokens forslag skal overholdes.

⁸ Konkurransetilsynets høringsvar – EU kommisjonens hvitbok om erstatningssøksmål ved overtredelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82. Heretter omtalt som Konkurransetilsynets høringsvar.

⁹ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) av 2.mai 1992. Heretter omtalt som EØS-avtalen.

¹⁰ Traktaten om opprettelse av Det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 25.mars 1957. Heretter omtalt som EF-traktaten.

1.1.2 Avgrensning

Hovedvekten av avhandlingen vil være en sammenligning av norsk rett med hvitbokens forslag. Siden hvitboken dreier seg om erstatningssøksmål vil ikke andre sanksjoner enn erstatning bli behandlet. Vi vil også avgrense mot rent materielle konkurranse spørsmål i den grad de ikke er nødvendige for behandlingen av hvitbokens forslag. Dette medfører at vi kun foretar en kort omtale av EF-traktaten art. 81 og 82, som er grunnlaget for erstatningssøksmål etter hvitboken.

2 Bakgrunn for hvitboken

2.1 Situasjonen i Europa

Den europeiske konkurranseretten er utviklet med formål om å bevare et fritt og sunt konkurransemiljø innenfor felleskapsmarkedet. Det holder imidlertid ikke å ha konkurranseregler dersom ingen håndhever dem. Dette har resultert i en todeling av håndhevelsesmyndigheten gjennom offentlig og privat håndhevelse. Når det gjelder privat håndhevelse av EF-traktaten art. 81 og 82, vitner situasjonen i Europa om at denne håndhevelsesformen bare har funnet sted i meget begrenset grad i medlemsstatene. Dette gjelder også i EFTA-landene. En ekstern undersøkelse foretatt av advokatfirmaet Ashurst for Kommisjonen i 2004 (Ashustrapporten) viser at regelverket varierer sterkt mellom medlemsstatene på disse områdene, og at rettspraksis var underutviklet. Erstatning som ikke ble utbetalt i Europa utgjorde flere milliarder euro årlig. Undersøkelsen tok for seg saker som ble lagt frem for de nasjonale domstolene og indikerte at erstatning ble kun utbetalt i veldig få saker.¹¹

EF-domstolen avgjorde i *Courage*¹² og *Manfredi*¹³ at enhver person som har lidt økonomisk tap som følge av brudd på EF-traktaten art. 81 og 82, kan kreve full erstatning. Siden det ikke finnes effektive virkemidler som gjør det realistisk å utøve denne rettigheten, vil nasjonale regler om erstatning og sivilprosess gis anvendelse for private søksmål.¹⁴ I den senere tid har dette synspunktet endret seg, dels på bakgrunn av prinsippet om statenes erstatningsansvar og dels om læren om beskyttelse av rettigheter. Som nevnt har *Courage* dommen etablert et overordnet erstatningsansvar ved brudd på konkurransereglene, men det er læren om statenes erstatningsansvar gjennom *Francovich*¹⁵ som slo fast et felleskapsrettslig erstatningsansvar der medlemsstatene hadde overtrådt EF-

¹¹ Hvitboken s. 2.

¹² C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan*, Saml. 2001 s. I-6297. Heretter omtalt som C-453/99 i fotnotene.

¹³ Forente saker C-295-298/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04).

¹⁴ Fornyings- og administrasjonsdepartementet: Høring – EU-kommisjonens hvitbok om erstatningssøksmål ved overtredelse av EF-traktaten artikkel 81 og 82. Heretter omtalt som Departementets høringsnotat.

¹⁵ Forente saker C-6/90 og C-9/90, *Andrea Francovich mfl. v. Italia*, Saml. 1991 s. I-3757.

retten. På bakgrunnen av dette vil utformingen av erstatningsansvaret påhvile nasjonal rett.¹⁶ Det kan fremheves at formuleringene i *Courage* og *Francovich* ligger relativt nært opp til hverandre og at man ikke skal utelukke en videreutvikling av erstatningsansvaret i selve EF-traktaten. Det gjenstår å se hvorvidt EF-domstolen vil gjøre dette i fremtiden.¹⁷

I Norge har vi således en adgang til å kreve erstatning for brudd både på norske og EØS-avtalens konkurranseregler¹⁸. Det foreligger derimot ingen særskilte materielle erstatningsregler på konkurranserettens område, hvilket medfører at erstatningsansvaret vil følge den ulovfestede retten til erstatning. Utvalget uttalte i forarbeidene til konkurranseloven av 2004 at:

”I dag foreligger det altså adgang til å kreve erstatning både ved brudd på de norske og EØS-avtalens konkurranseregler. Utvalget har vurdert om det i tillegg til dette bør innføres særlige erstatningsregler i den nye loven, men har kommet til at de alminnelige erstatningsreglene bør også gjelde her. Utvalget antar at det kan bli flere saker for domstolene vedrørende erstatningsansvar ved overtredelse av den nye konkurranseloven. De nærmere regler og prinsipper for erstatningsansvar og tapsutmåling vil derfor bli utkrystallisert i rettspraksis”¹⁹

Da spørsmålet om lovfesting av erstatningsansvar i konkurranseloven ble drøftet i forarbeidene²⁰, ble det i en betenkning påpekt at en erstatningsregel burde være lovfestet av pedagogiske grunner.²¹ Hvorvidt denne manglende lovfesting har skapt en manglende

¹⁶ Kolstad, Ryssdal, Graver og Hjelmeng (2006) Norsk konkurranserett Bind II, Prosess og sanksjoner s. 176.

¹⁷ Hjelmeng(2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 335 som henviser videre til Mestmäcker, The Modernization of the EC Antitrust Policy, Constitutional Challenge or Administrative Convenience, i European Competition Law Annual 2000, s.235 hvor det påpekes at erstatningsansvar ikke lar seg etablere på EF-plan, og at den eneste måten å oppnå homogene rettsvirkninger er gjennom harmonisering. Mestmäcker mener at dette ikke leder til virkemidler på felleskapsplan, men ”uniform national laws”.

¹⁸ Lov 5.mars 2004 nr.11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven). Heretter omtalt som EØS-krll.

¹⁹ NOU 2003: 12 s. 213.

²⁰ NOU 2003: 12 Ny Konkurranselov kapitel 9.

²¹ NOU 2003:12, vedlegg 1: Erling Hjelmeng ” Det har fremgått at en erstatningsregel bør lovfestes. Dette har to årsaker: For det første vil en lovfesting bidra til tydeliggjøring og virke pedagogisk. Den pedagogiske oppgaven kan neppe overvurderes, dels vil komplette normer lettere internaliseres, dels vil signaleffekten være verdifull. Det andre aspektet er

vilje til å fremme erstatningssøksmål er noe usikkert. Dersom man ser til Sverige, innførte de i 1993 en materiell regel om erstatning på konkurranserettens område som ble endret ved ny lov i 2004. Til tross for denne lovfestningen hadde bruken av bestemmelsen vært marginal.²²

2.1.1 Privates håndhevelsesmulighet – rettighet og beskyttelse

Hvitboken skal gi private adgang til å håndheve EF-traktaten art. 81 og 82 slik at erstatning kan kreves i de tilfeller der økonomisk tap har skjedd som følge av overtredelse av disse reglene. I første omgang vil hvitboken kun rette seg mot private, og hvem som omfattes av dette begrepet er i utgangspunktet borgere og selskaper/virksomheter. Vi vil ikke gå nærmere inn på hvem som anses som private, men kort nevne at der et selskap delvis er statseid, men med private aksjonærer kan det tenkes at det oppstår et motsetningsforhold som hvitboken ikke regulerer.

Hva som ligger i begrepet håndhevelse kan knyttes til rettigheten som bestemmer privates håndhevelsesmuligheter.²³ I denne sammenhengen knytter denne rettigheten seg til å fremme erstatningssøksmål der EF-traktaten art. 81 eller 82 har blitt overtrådt. Det er således ikke nok å konstatere at det foreligger en rettighet, uten å knytte noen betraktninger til de prinsipper som er knyttet til rettighetsbeskyttelsen for private. Disse rettighetene styrkes av prinsippet om effektivitet og ekvivalens. Prinsippet om effektivitet handler om at private skal kunne sikre sine rettigheter på en effektiv måte for domstolene i medhold av EØS-avtalen. Prinsippet om ekvivalens er utviklet i EF-domstolens rettspraksis, og skal

den preventive virkningen. Her vil det kunne være nødvendig å gi særlige materielle regler med sikte på å øke den preventive effekten utover det som følger av gjeldende erstatningsrettslige prinsipper. Det er neppe grunn til å la erstatningsansvaret være avhengig av skyld. Etter forholdene vil ansvaret kunne lempes etter alminnelige regler. Dette vil særlig kunne ha betydning der det dreier seg om flere skadevoldere eller overtredelser med vanskelig forutsigelige virkninger. En lempningsregel behøver imidlertid ikke lovfestes”.

²² Lidgard(2008) Konkurrenserettslig skadestånd (artikkel under utarbeidelse).

²³ Hjelmeng(2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 58. Hjelmeng sier videre på samme side at rettighetsbegrepet kan også forstås som håndhevelse av plikter fremfor beskyttelse av rettigheter. Vår vurdering vil ta for seg der rettigheten bestemmer de privates håndhevelsesmulighet.

sikre en minimumsstandard av beskyttelse innenfor intern nasjonal rett så vel som etter EF-retten.²⁴

I *Courage*-dommen uttalte EF-domstolen følgende vedrørende erstatningsansvar;

”Der[det] ikke findes fællesskabsretslige bestemmelser på området tilkommer det imidlertid hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente domstole og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens direkte virkning medfører for borgerne, men disse regler må dog ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ekvivalensprinsippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden (effektivitetsprinsippet)”²⁵

Saken representerer en viktig milepæl for den private håndhevelse og ikke minst retten til full erstatning. Bryggeriet Courage hadde inngått rammeavtale med en rekke puber, som medførte en plikt for disse til å kjøpe et visst minstekvantum øl fra Courage. Courage leverte også øl til andre puber som ikke hadde inngått leveringsavtale, men disse betalte en lavere pris. Pubeier Bernard Crehan, som hadde inngått avtale med Courage, mislikte dette og krevde å få dekket inn et beløp tilsvarende det tap han mente han hadde lidt som følge av den inngåtte avtalen. Domstolen, Court of Appeal, slo da fast at det forelå en konkurransebegrensende avtale. Derimot kunne ikke domstolene i medhold av engelsk rett tilkjenne en part erstatning for tap som lides som følge av egne ulovlige handlinger. Saken ble imidlertid forelagt EF-domstolen, som fastslo at også parter i en ulovlig avtale kan kreve erstatning for det tap den ulovlige avtalen medfører for parten. Videre ble det fastslått i dommen at det påhviler traktatlandenes domstoler (EU- og EØS-landene) å sikre en effektiv håndhevelse av art. 81. En effektiv håndhevelse av art.81 innebærer at alle som lider et tap som følge av handlinger i strid med prinsippene for fri konkurranse har rett til erstatning. Dessuten innebærer avgjørelsen at det ikke skal være uforholdsmessig vanskelig for en som er krenket å kunne fremme krav om erstatning. Denne avgjørelsen gir

²⁴ Kolstad, Ryssdal, Graver & Hjelmeng (2006) Norsk konkurranserett Bind II, Prosess og sanksjoner s. 162.

²⁵ Sak C-453/99.

umiddelbart konsekvenser i alle EU/EØS-land, helt uavhengig av landenes interne lovgivning. Videre vil avgjørelser avsagt av EF-domstolen umiddelbart gi rettsvirkninger i Norge. Med andre ord innebærer *Courage*-dommen at alle har rett til erstatning som følge av tap, uavhengig av om de selv har medvirket eller ikke.²⁶

I *Muñoz*²⁷-saken avviste den engelske domstolen et søksmål som ble fremsatt for å tvinge en konkurrent til å holde seg til en forordning innenfor felles landbrukspolitik. Spørsmålet var om denne avskjæringen av søksmålsadgangen var fellesskapsstridig. Her ble det uttalt;

”[D] et er en betingelse for at sikre den fulde virkning af bestemmelserne vedrørende kvalitetsnormer, og navnlig den effektive virkning af forpligtelsen..., at det skal være muligt for en erhvervsdrivende at kræve denne forpligtelse overholdt gennem et civilt søgsmål mod en konkurrent. Muligheden herfor forøger således virkningen af Fællesskabets bestemmelser om kvalitetsnormer. Ved at supplere foranstaltninger truffet af de organer, som medlemsstaterne har udpeget til at udføre den i bestemmelserne foreskrevne kontrol, bidrager den til at forebygge konkurrencefordrejende praksis, der ofte kan være vanskelig at afsløre. I denne forbindelse vil sagsanlæg ved de nationale domstole fra konkurrerende erhvervsdrivende have særlige gode muligheder for at bidrage væsentlige til at sikre loyal samhandel og markedsgennemsigtighed inden for Fællesskabet”.²⁸

EF-domstolen gav her en viktig prinsipiell uttalelse ved at den begrunnet søksmålskompetansen utelukkende i at EF-retten må sikres full effekt. Dette var viktig fordi det gjennom dommen kunne stilles krav om private sanksjoner i situasjoner hvor håndhevelsen var ansett som en offentlig oppgave.

I EØS-sammenheng kan det nevnes at EFTA-domstolen i *Sveinbjörnsdottir*²⁹ gav en lignende rettighetsbeskyttelse som nevnt innenfor EF, hvor det ble uttalt:

²⁶ Sak C-453/99.

²⁷ Sak C-253/00, Antonio *Muñoz* y Cia SA og Superior Fruticola SA mot Frumar Ltd og Redbrigde Produce Marketing Ltd., Sml. 2002 side I-7289.

²⁸ Sak C-253/00, Antonio *Muñoz* y Cia SA og Superior Fruticola SA mot Frumar Ltd og Redbrigde Produce Marketing Ltd., Sml. 2002 side I-7289. Premiss 27-31.

²⁹ Sak E-9/97, Erla Maria *Sveinbjörnsdottir* mot Island, REC 1998 s. 95.

”the provisions of the EEA agreement are, to a great extent, intended for the benefit of individuals and economic operators throughout the European Economic Area. Therefore, the proper functioning of the EEA agreement is dependent on those individuals and economic operators being able to rely on the rights thus intended for their benefit”³⁰

I norsk sammenheng finnes det lite praksis rundt effektivitets - og ekvivalensprinsippet. Derimot har norsk rett til en viss grad akseptert disse prinsippene som en del av norsk rett jf. *Allseas-kjennelsen*³¹ hvor førstvoterende uttaler:

”Med utgangspunkt i lojalitetsplikten, jf. EF-traktaten artikkel 10 og EØS-avtalen artikkel 3, har EF-domstolen, i tillegg til et prinsipp om ekvivalens, dvs. at nasjonale rettigheter og EU/EØS-rettigheter må behandles likt i prosessuell henseende, utviklet det som kalles effektivitetsdoktrinen. Effektivitetsdoktrinen innebærer at enhver skal sikres effektiv adgang til å få prøvet om deres rettigheter etter traktatene, i dette tilfellet EØS-avtalen, er krenket. Prinsippet har utviklet seg noe over tid. Det kan på enkelte områder tenkes å ha noe forskjellig rekkevidde innenfor henholdsvis EU- og EØS-retten, uten at jeg kan se at dette har betydning i vår sak.”³²

Førstvoterende uttalte videre i *Allseas-kjennelsen*:

”Det kan således ikke utledes av fellesskapsretten at nasjonale prosessregler ikke kan stille krav om at saksøker må ha en nærmere bestemt tilknytning til saken. For så vidt gjelder søksmålsadgangen for EF-domstolen og EFTA-domstolen gjelder et strengt tilknytningskrav. Således har EF-traktaten artikkel 230 krav om at rettslig prøvning av en forordning eller beslutning rettet mot andre, ”dog berører ham umiddelbart og individuelt”. ODA-avtalen artikkel 36 bruker uttrykket ”vedtak som angår vedkommende direkte og personlig”³³

I punkt 1.2 fremheves det at etter norsk rett foreligger en adgang til å kreve erstatning for brudd både ved norske konkurranseregler og EØS-avtalens konkurranseregler. Det tilsvarende gjelder naturlig nok på EF-rettens område. *Courage*-dommen og prinsippene om effektivitet og ekvivalens legger da altså fundamentet for en minstestandard av

³⁰ Sak E-9/97, Erla Maria Sveinbjörnsdóttir mot Island, REC 1998 s. 95 premiss 58.

³¹ Rt.2005 s.597.

³² Rt.2005 s.597 premiss 38.

³³ Rt.2005 s.597 premiss 41.

rettigheter for private til å håndheve EF-traktatens art. 81 og 82, herunder fremme erstatningssøksmål. Som tidligere nevnt skal det også finnes effektive midler som gjør det realistisk å utøve denne rettigheten. Hvitbokens forslag bygger da på det håndhevelsesregime som allerede eksisterer. Kommisjonen ønsker å styrke de private rettigheter ved å innføre forslag som muliggjør erstatningssøksmål og retten til full erstatning i større grad enn hva som foreligger i dag. Hvorvidt forslagene er effektive nok, vil denne avhandlingen vurdere til slutt.

2.1.2 Kort om kartellforbudet og dominerende stilling

Den største trusselen mot fri konkurranse er såkalte karteller og foretak med en dominerende stilling i markedet. Karteller kan forklares som en gruppe konkurrenter som går sammen om å minske konkurransen, enten ved å kontrollere priser eller dele markedet mellom seg. Karteller er ødeleggende for økonomien og strider mot det fundamentet som fri konkurranse bygger på. Dette kan resultere i økende priser, og at nye produkter ikke kommer på markedet. Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid (kartell) kommer til uttrykk i konkurranseloven³⁴ § 10, EØS-avtalen art. 53 og EF-traktaten art. 81.

I amerikansk sammenheng er den tilsvarende bestemmelsen Sherman Act section 1. Det finnes noen interessante vedtak fra Konkurransetilsynet, men ellers er det lite praksis rundt krrl.§ 10 og EØS-avtalens art. 53. I den sammenheng kan vi nevne da Konkurransetilsynet i 2008 ila kjemiselskapene Borregaard Industries Limited og Brenntag Nordic AS overtredelsesgebyr på henholdsvis 1, 6 og 1, 3 millioner for ulovlig samarbeid innenfor markedet for teknisk eddiksyre. Konkurransetilsynet konkluderte i vedtaket med at de to selskapene i perioden 1.oktober 2002 og minst til 26.april 2006 på ulovlig måte hadde delt markedet for teknisk eddiksyre i Norge mellom seg.³⁵

Når det gjelder foretak med dominerende stilling i markedet er ikke en slik stilling i seg selv ulovlig. Der er kun utnyttelsen av den dominerende stillingen som vil være ulovlig.³⁶

³⁴ Lov 5.mars 2004 nr.12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. (heretter krrl.).

³⁵ Vedtak V 2008-4 (Borregaard) og Vedtak V 2008-5 (Brenntag).

³⁶ Vi vil ikke gå nærmere inn på misbruksbegrepet i konkurranseretten.

Dette forbudet blir regulert gjennom krrl.§ 11, EØS-avtalens art. 54 og EF-traktatens art. 82. I amerikansk sammenheng er den tilsvarende bestemmelse Sherman Act section 4. Av vedtak her i Norge kan vi bruke Tine³⁷-saken som eksempel. I Tine-saken kom Konkurransetilsynet til at Tine hadde misbrukt sin dominerende stilling i ostemarkedet ved å presse konkurrenter ut av dagligvarekjeder. Konkurransetilsynet ila Tine en bot (overtredelsesgebyr) på 45 millioner kroner. Tine hadde da betalt millionbeløp i økte rabattytelser til Rema1000 for eneleverandørposisjoner i butikkene. Dette resulterte i at hvitost og brunost fra Synnøve Finden ble fjernet fra Rema1000 sitt vareutvalg i januar 2005. I følge Konkurransetilsynet dreide dette seg om en eksklusivavtale. Tine hadde i årsforhandlingene med ICA Norge AS i 2004 forsøkt på tilsvarende måte å få en eneleverandørposisjon i Rimi-kjeden. Konkurransetilsynet mente det var stor fare for at Synnøve Finden kunne bli presset ut av markedet på grunn av Tines ekskluderende adferd. Resultatet ville ifølge Konkurransetilsynet bli redusert konkurranse og skadelige virkninger for forbrukere i form av høye priser, reduserte valgmuligheter og for lite innovasjon. Tine har valgt å bringe vedtaket inn for Oslo tingrett, og vil bli antatt avsluttet i desember 2008.

Når det gjelder praksis fra Kommisjonen er denne tallrik, både for kartellvirksomhet og foretak med dominerende stilling i markedet. Vi begrenser oss kort til å omtale *Rulletrappkartellet*³⁸ og *Microsoft-saken*.³⁹

Kommisjonen besluttet 21.februar 2007 å ilegge Otis, KONE, Schindler og ThyssenKrupp bot på 992 millioner euro for ulovlig pris- og anbudssamarbeid på vedlikehold og installasjon av rulletrapper og heiser.⁴⁰ Dette var et brudd på EF-traktaten art. 81, som følge av ulovlig samarbeid over en ti års periode. Kommisjonen fremhevet at det ulovlige samarbeidet ville ha en forstyrrende effekt på markedet i ca. 20 til 50 år fremover i tid. I

³⁷ Vedtak V 2004-10 (TINE BA).

³⁸ Sak COMP/E-1/38.823. Vi omtaler saken som rulletrappkartellet.

³⁹ T-201/04 -17.09.07. (ikke ennå saml.)

⁴⁰ Kommisjonens pressemelding: IP/07/209 Competition "Commission fines members of lifts and escalators cartels over €990 million" Brussels, 21. Februar 2007.

samme saken ble KONEs datterselskaper i Belgia og Nederland gitt immunitet under lempningsprogrammet for å ha varslet om kartellvirksomheten først. Siden ThyssenKrupp hadde blitt bøtelagt tidligere for ulovlig samarbeid ble deres andel av boten ekstra stor.⁴¹

I *Microsoft*-saken gav Kommisjonen en bot på 497 millioner euro. Grunnen til dette var at Microsoft misbrukte sin dominerende stilling i markedet på to forskjellige måter. Den første måten var at de nektet å gi informasjon om hvordan konkurrenters PC-er skulle være kompatible med Microsofts eget operativsystem. Derneft at Microsoft lot Windows Media Player være en del av Windows operativsystem slik at man ikke kunne få kjøpt dette operativsystemet uten også å måtte kjøpe Windows Media Player. Kommisjonen mente at Microsoft med sine 95 % markedsposisjon utnyttet sin dominerende stilling i markedet. Med hensyn til den private håndhevelse og retten til full erstatning kan *Microsoft*-saken gi forbrukere adgang til søksmål for overtredelse av EF-traktatens art. 82. Microsoft ble ilagt bøter på henholdsvis 280,5 og 899 millioner euro for å ha unnlatt å etterleve Kommisjonens vedtak. Førsteinstansretten opprettholdt i 2007 i all hovedsak Kommisjonens opprinnelig vedtak.⁴²

2.2 Håndhevelse av konkurransereglene

2.2.1 Amerikansk rett som forbilde

Privat håndhevelse av konkurransereglene har vært praktisert i USA siden Sherman Act ble innført på slutten av 1800-tallet, og Clayton Act i 1914. Hensikten med disse bestemmelsene var å minske karteller og monopoler. Den som hadde inngått en form for konkurransebegrensende avtale eller ble utsatt for konkurransebegrensende adferd, måtte selv håndtere dette privat ved å gå til søksmål. Privat håndhevelse kan forstås som et verktøy for borgerne til å kreve erstatning av en aktør som har brutt konkurransereglene.⁴³

⁴¹Tidligere ThyssenKrupp sak: Forente saker T-45/98 og T-47/98 *Krupp Thyssen Stainless GmbH og Acciai speciali Terni SpA mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3757.

⁴² Kommisjonens avgjørelse av 24.mars 2004. (Sak COMP/C-3/37.792).

⁴³ Fejø (2005) Den nye EU- konkurreret i nordisk perspektiv, "Håndhevelse av konkurransereglene – mot en definert rolle for private" av Erling Hjelmeng s. 89.

Håndhevelsen av Sherman Act, som for øvrig er straffesanksjonert, ble forbeholdt Justisdepartementet, som i dag er organisert gjennom Antitrust Divison. Likevel kan private i USA påberope seg erstatning og forføyninger ved brudd på konkurransereglene.

Det er det offentlige som står for de mest profilerte sakene i USA, men hele 90 % av alle antitrustsøksmål som kommer inn for domstolene er private erstatningssøksmål. Grunnen til dette er at i det amerikanske lovgivningssystemet, samt gjennom materielle og prosessuelle regler, er lagt opp til at private i større grad enn i EU kan fremme slike søksmål.

2.2.2 Offentlig håndhevelse

Offentlig håndhevelse innebærer for overtrederen at det offentlige vil foreta en administrativ håndhevelse i form av båndleggelse av konkurransebegrensende aktivitet, bøter, tvangsmulkt og/eller eventuelle strukturelle tiltak som oppsplitting. I tillegg kan det offentlige ilegge straff som følge av konkurransebruddet, som for overtrederen kan medføre fengselsstraff og bøter jf. krrl. § 30. Når det gjelder håndhevelse av EF-traktaten vil Kommisjonens håndhevelsesmyndighet kun være av administrativ art. Bøter vil være av administrativ art og kan kun pålegges til foretak, ikke enkeltpersoner. Kommisjonens vedtak kan klages inn for Førsteinstansretten (CFI) hvis dom eller avgjørelse kan ankes til EF-domstolen.⁴⁴

2.2.3 Håndhevelsesorgan og desentralisering

I Norge er det Konkurransetilsynet som håndhever konkurranseloven. Konkurransetilsynets oppgaver er omtalt i krrl. § 9. Bestemmelsen sier at Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markedene. Dette gjøres ved å foreta nødvendige inngrep, iverksette tiltak, ilegge tvangsmulkt, overtredelsesgebyr ved brudd på og i medhold av loven. I tillegg foretar Konkurransetilsynet undersøkelser og kontroll av foretak, samtidig som de administrerer det såkalte amnesti/lempningsprogrammet som omtalt i krrl. § 31. I tillegg til Konkurransetilsynet har også departementet, som for tiden er

⁴⁴ Østby (2008) Konkurranserett – En strategisk og rettsøkonomisk tilnærming s. 117 flg.

fornyings- og administrasjonsdepartementet oppgaver i forbindelse med klagebehandling og vedtak. Påtalemyndighetene kobles inn ved straffbare forhold, normalt ved Økokrim.⁴⁵

På EØS-nivå vil EFTAs overvåkningsorgan⁴⁶ og Kommisjonen ved General-Direktoratet, være de aktuelle konkurransemyndigheter. Organene har lik funksjon, men på ulike områder. Kommisjonen kan håndheve både EØS-konkurranseregler samt EF-konkurranseregler, mens ESA kun kan håndheve EØS-konkurranseregler, men ikke EF-konkurranseregler. EØS-avtalen art. 56 tar for seg en mer detaljert behandling av kompetansefordelingene. Hvert enkelt EØS-organ anses som uavhengig, dette fordi de skal opptre uavhengig av nasjonalstatene jf. ODA⁴⁷ art. 8. Andre nasjonale konkurransetilsyn kan nevnes. I Østerrike er det Bundeswettbewerbsbehörde, i Tyskland Bundeskartellamt, i England Office of Fair Trading (OFT). I USA er det på føderalt nivå United States Dep. of Justice (DoJ), Antitrust Division og Federal Trade Commission (FTC), Bureau of Competition, mens på statlig nivå er det State Attorney General.

2.2.4 Rådsforordning nr 1/2003

Ministerrådet i EU vedtok 16. desember 2002 nye regler vedrørende prosessregler for håndhevelse av EF-traktatens art. 81 og 82, bedre kjent som rådsforordning nr. 1/2003. Et sentralt element i denne forordningen er innføringen av desentralisert håndhevelse av EF-traktatens art. 81 og 82. Med desentralisert håndhevelse menes at den håndhevelsesmyndighet som Kommisjonen har vedrørende EF-traktatens art. 81 og 82 blir videreført til de enkelte medlemslands nasjonale konkurransetilsyn. Formålet med dette er å skape tettere bånd mellom nasjonale konkurransetilsyn i medlemslandene og Kommisjonen, samt at samarbeidet vil styrkes ytterligere i konkurransesaker. Arbeidsmengden til Kommisjonen er også en vesentlig faktor til denne kompetansetildelingen. Slik håndhevelsessystemet er i dag vil ESA og Kommisjonen

⁴⁵ Kolstad, Ryssdal, Graver, Hjelmeng(2006) Norsk konkurranserett Bind II Prosess og sanksjoner s. 12.

⁴⁶ Heretter omtalt som ESA.

⁴⁷ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, del II (ODA) av 2.mai 1992.

håndheve EØS-avtalens art. 53 og 54 etter nærmere angitte kompetansefordelingsregler i EØS-avtalens art. 56. EØS-krrl. § 1 sier:

”EFTAs overvåkningsorgan og EFTA domstolen håndhever EØS-avtalens konkurranseregler..” ”Norske konkurransemyndigheter og domstoler håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54 i samsvar med denne lovens §§6 til 9”

EØS-krrl. § 6 sier at norske konkurransemyndigheter skal;

”med de begrensninger som følger av EØS-avtalen, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol og forskrifter gitt i medhold av § 5, føre tilsyn med at EØS-avtalens artikkel 53 og 54 overholdes”

Konkurransemyndighetene kan treffe avgjørelser i henhold til art. 53 og 54, men ikke foreta avgjørelser som er i strid med den beslutning ”EFTAS overvåkningsorgan har truffet” jf. EØS-krrl. § 6 (2). Dette kan tyde på at konkurransemyndighetene kun har en autonom kompetanse til å avgjøre konkurransesaker med de begrensninger som følger av EØS-krrl. § 6 (2). Konkurransmyndighetene skal dersom de anvender norsk konkurranserett, og der det dreier seg om innholdsmessige like tilfeller som omtalt i EØS-avtalens art. 53 og 54, også anvende disse bestemmelsene parallelt jf. EØS-krrl. § 7 (1). Dette gjelder da særlig der krrl. §§ 10 og 11 har blitt overtrådt.

Når det gjelder privat håndhevelse for EØS-borgere må en som utgangspunkt kunne anta at art. 53 og 54 i EØS-avtalen må ha samme anvendelighet i forholdet mellom private som i EF-retten.⁴⁸ Dette betyr at borgere og virksomheter innenfor EØS har en lik adgang til å håndheve EF-traktaten art. 81 og 82 som borgere og virksomheter innenfor felleskapsmarkedet.

⁴⁸ Hjelmeng(2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 97.

2.3 Hvitbokens formål og rekkevidde

Det er en tendens til å overse diskusjonen rundt privat håndhevelse på konkurranserettens område forut for *Courage* dommen og grønnboken. Allerede i 1961 ble *Deringer-rapporten*⁴⁹ publisert for Europa-parlamentet⁵⁰ som foreslo private håndhevelse av konkurransereglene, og fremhevet at dette kunne være nyttig og nødvendig. Deretter publiserte Kommisjonen i 1966 en studie som viste at seks medlemsstater hadde gjort det mulig å kreve kompensasjon for konkurranseovertridelser.⁵¹ På en annen side vil dagens situasjon, med betydelige flere medlemsland, trolig gjøre det vanskeligere å skape en like bred enighet som i 1966. Når det gjelder bakgrunnen for hvitboken, er det grønnboken som ble vedtatt den 19. desember 2005 som står sentralt. Formålet med grønnboken var å belyse hindringer som gjorde det vanskelig å kreve erstatning, for dermed å utvikle et mer effektivt system for erstatningssøksmål. EP og den europeiske Økonomiske og Sosiale komité⁵² var enige og godtok at den som hadde lidt økonomisk tap kunne kreve erstatning fra overtrederne. Det var også enighet om at de nasjonale domstolene skulle tilrettelegge for et mer effektivt system. Det ble kommentert i grønnboken vanskeligheten av å fastsette verdien på erstatningskravet, håndhevelsen av private erstatningssøksmål og kostnadene i forbindelse med dette.⁵³ I forbindelse med grønnboken måtte Kommisjonen foreta en komparativ analyse av gjeldende regelverk i medlemslandene.⁵⁴ Kommisjonen fant ut at retten til erstatning ble delvis hindret som følge av de rettslige og prosessuelle forskjellene i medlemslandene. Ulikhetene i reglene er med på å svekke rettsikkerheten innenfor konkurranseretten.⁵⁵

⁴⁹Assemblée parlementaire européenne, Documents de Séance 1961-1962, Rapport Deringer September 7, 1961, Doc 57 para 123.

⁵⁰ Heretter omtalt som EP.

⁵¹ Nebbia, Szyzszak, White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules s.3.

⁵² Heretter omtalt som EØSK.

⁵³ Arbeidsdokumentet s.7.

⁵⁴ Memo/08/216 Brüssel 3. April 2008 Antitrust: policy paper compensating consumer and business victims of competition breaches - frequently asked questions s. 2. Heretter omtalt som Kommisjonens Memo 08/216. s. 1.

⁵⁵ Hvitboken s. 2.

EP og EØSK har bidratt til debatten om innholdet i grønnboken, og var positive til å forbedre rettsstillingen til dem som ble rammet av konkurransestridige handlinger. Resultatet av dette ble en resolusjon og et forslag til Kommisjonen om utarbeidelse av hvitboken. Hvitboken ble dermed opprettet for å utvikle konkrete forslag for et mer effektivt system rettet mot privat håndhevelse av erstatningssøksmål.⁵⁶

Formålet med hvitboken er å legge til rette for økt privat håndhevelse av EUs konkurranseregler, gjennom erstatningssøksmål slik at de som har lidt et økonomisk tap vil kunne kreve full erstatning. Denne tanken er ikke ny⁵⁷, men Kommisjonen er nå enda mer konkret en tidligere. Målet er at privat håndhevelse skal være et supplement til de offentlige sanksjonene og lede til mer effektiv konkurranserettslig overvåkning. At private kan håndheve konkurransereglene skal gjøre det enklere, spesielt for privatpersoner, å føre erstatningssøksmål mot selskaper.

På denne måten kan både forbrukere og selskaper benytte seg av erstatningssøksmål for påført tap ved brudd på konkurransereglene. Tap kan for eksempel være prisforhøyelse eller redusert salg og inntjening på grunn av ulovlige karteller. Dersom det innføres en mer effektiv erstatningsmekanisme vil dette også innebære at de utgifter som oppstår ved overtredelse av EF-traktatens art. 81 og 82 ville kunne bli dekket av dem som faktisk overtrer reglene. Privat håndhevelse sees da som et virkemiddel for å oppnå en mer effektiv adgang til at flere konkurranseovertridelser avdekkes, slik at søksmålsadgangen i seg selv vil være med på å skape en preventiv virkning for selskaper til å unngå overtredelser i fremtiden.

2.3.1 Hvitbokens forslag om privat håndhevelse

Det hvitboken ønsker å innføre er derfor elementer av det private håndhevelsessystemet som finnes i USA, men med enkelte modifikasjoner. Etter amerikansk rett benyttes et såkalt pønalt element ved utmålingen av erstatningen. Begrepet pønalt kan forstås som et

⁵⁶ Arbeidsdokumentet s. 7.

⁵⁷ Lidgard(2008) Konkurrenstrettslig skadestånd (artikkel under utarbeidelse).

straffende element i erstatningsutmålingen. Dette kan tilsi hvorfor det etter amerikansk rett finnes en tredobling av erstatningssummen, såkalte ”treble damages” jf. Clayton Act section 4.⁵⁸

Rett til ”treble damages” skapte splid innad i EU, og ble således ikke innført som et mulig forslag i hvitboken. I USA har denne lovfestede retten, naturlig nok skapt en relativt stor søksmålsvilje. Denne søksmålsviljen har blitt svekket i en viss grad gjennom en kjent amerikansk dom ved navn *Brunswick*.⁵⁹ I *Brunswick*-dommen saksøkte en bowlinghall en bowlingkjede fordi denne hadde kjøpt opp en konkurstruet lokal bowlinghall. Dette oppkjøpet resulterte naturlig nok i at den konkursrammede bowlinghallen ble sterkere økonomisk og en utfordrer i markedet. I dette tilfellet mente domstolen det ikke var noen grunn til å ta stilling til de konkurranserettslige virkningene fordi det ikke forelå noen ”*antitrust injury*”⁶⁰, altså en skade som konkurransereglene skal beskytte mot. Skaden som den lokale bowlinghallen ble påført var nemlig et resultat av økt konkurranse, og ikke begrenset konkurranse, som jo er det konkurransereglene er utviklet for å beskytte. Gjennom denne dommen ble det etablert et prinsipp om ”*antitrust injury*” i amerikansk rett.⁶¹

I tillegg til ”treble damages” vil heller ikke hvitboken foreslå amerikansk juryordning i erstatningssøksmål og heller ikke de såkalte ”contingency fees”.⁶² Dette er alle elementer ved den private håndhevelse som gjør det lukrativt å fremme slike erstatningssøksmål. Siden hvitboken ikke innfører ”treble damages” er spørsmålet om forslaget i det hele tatt gir nok incentiver for private til å fremme søksmål. Dette behandles nærmere under del 5.

⁵⁸ Østby(2008) Konkurranserett - En strategisk og rettsøkonomisk tilnærming s. 121.

⁵⁹ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mar, Inc.* 429 U.S 477(1977).

⁶⁰ *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mar, Inc.* 429 U.S 477(1977).

⁶¹ Østby(2008) Konkurranserett - En strategisk og rettsøkonomisk tilnærming s. 122.

⁶² Vi behandler de amerikanske begrepene nærmere under finansiering av søksmål.

I prinsippet vil nok forslagene i hvitboken letter kunne tilpasses den europeiske rettstradisjonen, enn om man innfører de amerikanske formene rundt erstatningssøksmål slik som nevnt over.

2.3.2 Konsekvenser ved brudd på reglene - sanksjoner

Hvitboken foreslår privat håndhevelse ved erstatningssøksmål for overtredelse av EF-traktatens art. 81 og 82. Erstatningssøksmål er riktignok ikke den eneste sanksjonen som kan benyttes ved privat håndhevelse. Midlertidige forføyninger, ugyldige avtaler og restitusjon kan være andre sanksjoner som kan være aktuelle i tillegg til erstatning. Offentlige sanksjoner har primært som formål å avskrekke, stanse eller forebygge konkurransehemmende adferd. Grunnen til dette er at man ønsker å sikre samfunnets interesse gjennom effektiv konkurranse. Andre sanksjoner enn erstatning blir ikke behandlet i denne avhandlingen.

2.3.3 Hvitboken som rettskilde

Det vi ønsker å rette fokus mot i denne vurderingen er hvordan hvitboken skal håndteres som rettskilde innenfor EF/EØS og for EFTA-staten Norge. Kommisjonen har så langt ikke tatt stilling til den endelige formen av hvitboken. Dette kan ha bakgrunn i at denne først skal til offentlig høring desember 2008. Siden Kommisjonen omtaler hvitboken kun som forslag, kan dette tyde på at hvitboken vil resultere i ikke-bindende retningslinjer.⁶³ Det er usikkert hvordan hvitboken kan håndteres rettskildemessig, siden man ikke vet det endelige resultatet av hvitboken. Dette gjelder også hvordan hvitboken kommer til å påvirke EØS-avtalen. Derimot kan en hvitbok utvikle spesielle rettsområder som konkurranse og samhandel mellom stater som dermed vil påvirke den private på et overordnet nivå.

Et godt eksempel på dette er opprettelsen av det indre marked i 1985 som resulterte i Enhetsakten av 1987.⁶⁴ Til grunn for denne opprettelsen fremla Kommisjonens en handlingsplan på ca. 300 områder. Målet skulle være å lette samhandelen mellom statene.

⁶³ Dette synet støttes i Konkurrenstrettslig skadestånd av Hans Henrik Lidgard (artikkel under utarbeidelse).

⁶⁴ Single European Act, 1987.

Innholdet av disse handlingsplanene resulterte i et mer effektivt marked, samtidig som det indirekte førte til at EFTA-statene fryktet å bli ekskludert av det nye markedet. Dette ledet til EØS-prosessen, og EØS-avtalen som gjelder for Norge i dag.⁶⁵ Etter vår mening knytter det seg størst usikkerhet hva hvitboken faktisk fører til.⁶⁶

Dersom hvitboken skulle bli vedtatt som en forordning vil innholdet bli bindende og kommet til direkte anvendelse i alle medlemsstatene jf. EF-traktaten art. 249. Fordelene ville vært at forslagene i hvitboken ville gitt alle private rettigheter og plikter til å håndheve konkurransereglene likt i felleskapsmarkedet. Medlemslandene kunne ha hatt en rett til å supplere forordningen med nasjonale regler dersom dette hadde vært nødvendig for at forordningen skulle fått full effekt i hvert medlemsland. Dette er særlig aktuelt når det gjelder prosessregler.⁶⁷

2.3.4 Forslagene i hvitboken

Forslagene fremsatt i hvitboken tar for seg spørsmål som berører norsk privatrett både materielt og prosessuelt. Av den grunn har vi valgt å strukturere avhandlingen etter hvorvidt forslagene er materielle eller prosessuelle.

Under den prosessuelle delen i avhandlingen vil vi behandle søksmålsformer, tilgang på dokumentbevis, bindende effekt av nasjonale konkurransemyndigheters avgjørelse i konkurransesaker og sakskostnader. Derimot vil vi av hensyn til avhandlingens ramme kun behandle de prosessuelle forslagene i mer begrenset grad. Vi foretar derimot en grundigere behandling av søksmålsformer siden gruppesøksmål har blitt tilgjengelig i norsk lovgivning

⁶⁵ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Kolstad.(2004) EØS-rett 2.utg. s 27.

⁶⁶ Komninos (2008). White Paper on Damages Actions for Breach of European Antitrust Rules. White & Chase LL.P; “We can expect draft legislation in the form of Directives and/or Regulations from the Commissions sometime in 2009. These will then be voted on and promulgated by the Council and Ministers and possibly the European Parliament. The whole process may take us within 2010. It is only these final Directives and Regulations that will have the force of law”.

⁶⁷ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Kolstad.(2004) EØS-rett 2.utg. s. 48.

gjennom tvisteloven⁶⁸. Vi anser dette forslaget som prinsipielt viktig fordi det utvider den eksisterende søksmålsadgangen i norsk rett, samtidig som privat håndhevelse av konkurransereglene kan tenkes styrket.

I den materielle delen i avhandlingen vil vi behandle skyldkrav, erstatningsutmåling, overpris, foreldelse, og forholdet til lempning. Også her vil vi måtte foreta en begrenset vurdering av noen av de materielle forslagene av hensyn til avhandlingens ramme. Vi behandler derimot kravet til skyld i større grad enn de andre forslagene. Dette har bakgrunn i at vi anser skyldspørsmålet som relevant for den private håndhevelse av konkurransereglene og retten til full erstatning.

⁶⁸ Lov av 17.juni Nr. 90 2005 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). Heretter omtalt som tvl.

3 Prosessuelle spørsmål

3.1 Innledning

I høringsuttalelser fra både Konkurransetilsynet og Justisdepartementet⁶⁹ vurderte disse det slik at Norge ikke hadde en implementeringsforpliktelse med henhold til de sivilprosessuelle forslagene i hvitboken, siden disse reglene ikke omfattes av EØS-avtalen. Dette standpunktet ble opprettholdt i Norges kommentar til grønnboken i 2005⁷⁰, og i Norges kommentar til hvitboken i juli 2008.⁷¹ Her ble det uttalt;

”As pointed out in Norway’s comments of 24 April 2006 to the Commissions Green Paper, the Commission initiative raises, however, the issues of the EEA relevance of any legislative measures adopted at Community level and the incorporation of any such EEA relevant measures into the EEA Agreement. A final position on EEA relevance can be adopted only when the content of and the legal basis for such legislative measures have been clarified. Norway would, however, again stress that, in general, civil procedural law is not regarded as EEA relevant”

Vi er derimot ikke helt enig dette synet, siden de EF-rettslige prinsippene etter vår mening kan ha en effekt på nasjonal prosess. Vi vil derfor vurdere forholdet mellom prosessregler og EØS/EF-rett.

Utgangspunktet er at EF-retten ikke har alminnelige prosessregler som gjelder for medlemslandene. Hvert enkelt medlemsland må da selv utforme og avgjøre hvordan de vil ivareta EUs regelverk og hvordan dette kan håndheves overfor nasjonale domstoler. Dette betegnes som prinsippet om nasjonal prosessautonomi. Bakgrunnen for dette prinsippet kan være at rettstradisjoner og rettskulturer er så forskjellige i medlemsstatene at det ikke ønskes føringer på hvordan sivilprosess skal håndteres på EU-nivå. Dersom England, som har en lang og rik prosesstradisjon ble nødt til å endre sine prosessregler på grunn av EUs

⁶⁹ Justisdepartementets høringssvar- Kommisjonens hvitbok om erstatningssøksmål ved overtredelse av EF-traktatens artikkel 81 og 82. Heretter omtalt som Justisdepartementets høringssvar.

⁷⁰ Konkurransetilsynets høringssvar s. 2.

⁷¹ Norges kommentar til Kommisjonen vedrørende hvitboken: Comments to the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, s. 1. Heretter omtalt som Norges høringssvar.

regelverk, er det et poeng at EU ikke griper inn i medlemsstatenes prosessordning i større grad enn nødvendig. Subsidiaritetsprinsippet som har kommet til uttrykk i EU-traktaten⁷² art. 6 nr.3 og EF-traktaten art.5 tredje ledd gir støtte for dette synet.

Til tross for dette skaper forskjellene i prosessordningen utfordringer til det å skape felles konkurransevilkår og overholdelse av konkurransereglene innenfor felleskapsmarkedet. Dersom man harmoniserer materielle rettsregler hjelper det lite dersom prosessadgangen i medlemslandene er så forskjellig at det resulterer i ulik håndhevelse i praksis.⁷³

Ettersom det ikke finnes EF-rettslige regler på dette området, har dette ført til at det heller ikke er noen bestemmelser som regulerer sivilprosess i EØS-avtalen. På overordnet plan kan det likevel hevdes at EØS-avtalen har et fokus mot prosessreglene. EØS-avtalens art. 3 (EF-traktaten art.10) gir et uttrykk for et lojalitetsansvar mellom avtalepartene ved at de skal rette tiltak slik at forpliktelser etter avtalen etterleves. Med andre ord kan vi tenke oss at der nasjonale prosessordninger er til hinder for oppfyllelse av EØS-avtalen bør det i medhold av art. 3 treffes tiltak for oppfyllelse av forpliktelsene. I dag foreligger det lite utviklet juridisk teori om hvilke føringer EØS-retten har på norsk sivilprosess.⁷⁴ Dette kom særlig til uttrykk ved vedtakelsen av tvisteloven, hvor EØS-rettens potensielle betydning for sivilprosessen har fått liten oppmerksomhet i forarbeidene. Dette er i kontrast til den ellers rådende debatten om EF-rettens innvirkning på medlemsstatenes prosessordninger.⁷⁵

Som utgangspunkt for den videre fremstillingen legger vi til grunn at forholdet mellom EF-retten og medlemsstatenes prosessautonomi kan ha overføringsverdi til EØS-retten og EFTA-staten Norge.⁷⁶

⁷² Traktaten om den europeiske union av 7.februar 1992. (Maastricht-avtalen). Heretter omtalt som EU-traktaten.

⁷³ Fredriksen (2008)Tidsskrift for Rettsvitenskap nr 3. "Tvisteloven og EØS avtalen" s. 292.

⁷⁴ Robberstad (2002) Norske dommeres plikt til å veilede om EØS-retten, Lov og Rett s. 195, på s. 201.

⁷⁵ Fredriksen (2008) Tidsskrift for Rettsvitenskap(2008) nr 3. "Tvisteloven og EØS avtalen" s. 291.

⁷⁶ Fredriksen (2008) Tidsskrift for Rettsvitenskap(2008) nr 3. "Tvisteloven og EØS avtalen" s. 300.

Spørsmålet som videre er aktuelt å ta opp, er hvordan EF-retten kan ivareta nasjonal prosessautonomi. EF-domstolen har under henvisning til EF-traktatens art.10 utviklet prinsipper om likebehandling og effektivitet som skal sørge for at EF-retten får gjennomslag i medlemslandenes prosessautonomi. Likebehandlingsprinsippet krever at prosessreglene som gjelder rettigheter i medhold av EF-retten må være tilsvarende innenfor nasjonal rett. For private betyr effektivitetsprinsippet at nasjonale prosessregler ikke skal gjøre det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å håndheve rettigheter etter EF-retten ved domstolene. I den sammenheng er spørsmålet hvor inngripende effektivitetsprinsippet er i forhold til nasjonal prosessrett. Dette vil avhenge av hvor vidtrekkende nasjonale prosessregler er utformet, og derfor vil vurderingen av hva som er umulig eller uforholdsmessig håndhevelse av EF-retten variere fra stat til stat.⁷⁷

Etter vår mening vil de EF-rettslige prinsippene ha en effekt på nasjonal prosessrett, særlig i forhold til privates adgang til å håndheve EF-retten overfor nasjonale domstoler, vil det være naturlig å behandle de prosessuelle forslagene fremsatt i hvitboken. Adgangen for private til å fremme erstatningssøksmål for nasjonale domstoler ved brudd på EF-traktaten art. 81 og 82 er da et tema vi vil behandle inngående. Forslagene som hvitboken tar opp vedrørende prosessuelle spørsmål er søksmålsformer, tilgang på dokumentbevis, bindende effekt av nasjonale konkurransemyndigheters avgjørelse i konkurransesaker og sakskostnader. Søksmålsformer vil særlig bli vektlagt i vår vurdering, mens de andre forslagene vil bli behandlet i mer begrenset grad av plasshensyn.

⁷⁷ Fredriksen(2005) Festskrift til juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet. EF-domstolens effektivitetsdoktrine og norsk sivilprosess s. 2.

3.2 Søksmålsformer

3.2.1 Hvitbokens forslag

Hvitbokens forslag 2.1 tar for seg i hovedsak to forslag, representative søksmål anlagt av en kvalifisert gruppe samt kollektiv søksmål med en ”opt-in”⁷⁸ mulighet (tilslutningssøksmål).

3.2.2 Representativt søksmål anlagt av kvalifisert gruppe

Hvitbokens forslag 2.1 fremhever at enhver som er berørt av overtredelse av EF-traktatens art. 81 og 82 skal kunne kreve erstatning ved de nasjonale domstolene. Dette omfatter også de som indirekte har blitt berørt, men som ikke selv står i kontraktsforhold med konkurranseovertrederen.

Hvitboken foreslår videre at det kan foretas representative søksmål av en kvalifisert gruppe. De som omfattes av denne gruppen kan være juridiske eller fysiske personer som er kvalifisert til å ivareta eksempelvis forbrukernes sine interesser. Forbrukerorganisasjoner, statlige organer eller foreninger kan gå inn under denne gruppen.

Arbeidsdokumentet oppstiller i hovedsak to typer av kvalifiserte grupper. Den første typen representerer definerte interesser, slik som forbrukerorganisasjoner m.m. Denne gruppen må således kvalifisere til visse krav i loven slik at søksmålsordningen ikke misbrukes. Den andre gruppen er sertifisert til å bringe søksmål inn for domstolen i forbindelse med overtredelse av et spesielt juridisk fagfelt. Denne kan på ad-hoc basis godkjennes av en medlemsstat til å fremme et søksmål på vegne av en gruppe.⁷⁹ Typiske eksempler på denne gruppen er handelsorganisasjoner som NHO.

Tanken er at disse to gruppene skal supplere hverandre, siden de på egen hånd kanskje ikke vil kunne forfølge ethvert krav. Dette kan være med på å gi en mer effektiv håndhevelse.

⁷⁸ Hvitboken s. 4.

⁷⁹ Arbeidsdokumentet avsnitt 51-55 s. 19-20.

Til tross for denne adgangen skal ikke medlemmene fratas sin rett til å fremme individuelle, selvstendige søksmål dersom de ønsker det. Hvitboken omtaler at man i noen tilfeller må fremme interessene til såkalte ” identified..or identifiable victims”.⁸⁰ Det fremkommer ikke klart av verken hvitboken eller arbeidsdokumentet hvem som faller innenfor denne gruppen. Dette kan forstås som uidentifiserbare ofre, men er ikke nødvendigvis medlemmer av de ulike organisasjonene. Av arbeidsdokumentet fremgår det:

” [a].Member State to bring representative actions for damages on behalf if identified or, in rather restricted cases, identifiable victims (not necessarily their members). In order to be designated”⁸¹

“Victims shall normally be identified either at the beginning of the proceedings or at a late stage”⁸²

Derimot fremheves det at disse tidligst mulig skal bli identifisert, helst ved begynnelsen av saken, men det tillates også på et senere tidspunkt.

3.2.3 Kollektive søksmål med opt- in mulighet

”Collective redress”⁸³ er det samme som kollektive søksmål. Det hvitboken foreslår i denne sammenheng er å kunne samle søksmål fra flere individuelle parter som er berørt av konkurransebruddet, for deretter å gå til kollektivt søksmål mot overtrederen. Det er da typisk små bedrifter og forbrukere som har relativt små omkostninger som er målgruppene for dette forslaget. Normalt sett vil disse målgruppene ikke gå til søksmål på grunn av omkostninger, usikkerhet og risiko med hensyn til deres krav. Dersom disse målgruppene skulle gå til søksmål med hvert sitt krav ville det i tillegg skapt en uforholdsmessig stor bruk av rettssystemet.

Dagens ordning preges derfor av at mange fortsatt ikke får erstatning, slik at dette forslaget anses som en effektiv måte å få håndhevet konkurransereglene på. Hvitboken foreslår derfor at kollektive søksmål skal være anlagt som et tilslutningssøksmål.

⁸⁰ Hvitboken s. 4.

⁸¹ Arbeidsdokumentet s.19 avsnitt 52.

⁸² Fotnote 30 i arbeidsdokumentet.

⁸³ Hvitboken s. 4.

Tilslutningssøksmål kan forklares som tilfeller der man melder seg på søksmålet fordi man har et krav mot overtrederen. I tilslutningssøksmål vil hver enkelt måtte fremlegge at de har et rettmessig krav mot overtrederen, og vil være anvendelig hvor en mindre gruppe med små krav går sammen. Representative søksmål av kvalifiserte enheter vil i så fall minne mer om en opt-out løsning uten at dette er ettertrykkelig nevnt. Det kan således stilles spørsmål ved om ikke de fremsatte søksmålsordningene i hvitboken til en viss grad overlapper hverandre. Hvordan situasjonen vil bli ved parallelle søksmål i forskjellige medlemsstater er noe uklart, særlig hvordan rettskraften vil påvirke senere avgjørelser.⁸⁴

3.2.4 Norsk rett

3.2.4.1 Innledning

Det tradisjonelle utgangspunktet i sivilprosessen er at en tvist normalt skal avgjøres mellom to parter. I norsk rett har vi gjennom tvisteloven av 2005 fått reglene om gruppesøksmål i kapittel 35, som har videreutviklet dette utgangspunktet. Gruppeprosess ble først utviklet gjennom det engelske equitysystemet som oppstod på slutten av 1600-tallet. Selv om gruppeprosessen ble utviklet i England er det først og fremst i USA, delstater i Canada og Australia hvor gruppesøksmål har fått en praktisk betydning.⁸⁵

Et gruppesøksmål innebærer at en gruppe rettssubjekter går til sak mot en felles motpart. Det som karakteriserer søksmålsformen er at man går til søksmål som en gruppe, og ikke som enkeltindivider. Tanken bak gruppesøksmål er at man har en gruppe rettssubjekter med felles interesser mot en part, og hvor det kan være hensiktsmessig at disse fører sine krav samlet.⁸⁶ På denne måten vil avgjørelsen få virkning for alle i gruppen jf. tvl.§ 35-11(1). Gruppemedlemmene vil ikke opptre selv, men gjennom en grupperepresentant. Grupperepresentanten utøver gruppens prosessuelle rettigheter og svarer for de prosessuelle plikter i søksmålet.⁸⁷ Tvisteloven åpner for at juridiske personer kan være

⁸⁴ Konkurransetilsynets høringsvar s. 3.

⁸⁵ NOU 2001:32 Rett på sak lov om tvisteløsning kapittel 17.

⁸⁶ Hov(2007) Rettergang III Sivilprosess s. 324.

⁸⁷ Schei, Bårdsen mfl.(2007) Tvisteloven s. 99.

grupperepresentanter i gruppesøksmålet jf. tvl. § 35-9. Grupperepresentanten skal således være utpekt av retten, og skal ivareta gruppens interesse på en god måte jf. tvl. § 35-9 (3).

Når det gjelder hensyn bak gruppeprosess kan det fremheves at gruppeprosess skaper raskere og mer effektivt tvisteløsning ved at domstolen slipper å behandle like tvister flere ganger. Dette reduserer faren for motstridende avgjørelser, samtidig som det vil være prosessøkonomisk.⁸⁸ I tillegg påpekes det i forarbeidene at gruppesøksmål er praktisk der rettigheter tilkommer en gruppe som er så tallrik at det er upraktisk at hver enkelt reiser sak.⁸⁹

3.2.4.2 Ulike former for søksmål – tilslutningssøksmål og utmeldingssøksmål

Gruppessøksmål kan i hovedsak tilordnes enten gjennom tilslutningssøksmål (opt-in) eller utmeldingssøksmål (opt-out). Tilslutningssøksmål er en gruppesøksmålsform hvor hver enkelt deltaker positivt melder seg på gruppen. Til forskjell fra subjektiv kumulasjon vil ikke gruppemedlemmene selv opptre på egen hånd, men som en gruppe. Denne søksmålsformen omtales også som påmeldingssøksmål og anses etter norsk rett for å være normalordningen.⁹⁰ Reglene om denne form for gruppesøksmål fremgår av tvl. § 35- 6.

Utmeldingssøksmål er den andre typen gruppesøksmål, og omfatter automatisk alle som blir berørt av søksmålet, selv om man ikke har tatt noen form for initiativ. For ikke å bli en del av søksmålet som part kreves det en aktiv utmelding fra søksmålet.⁹¹ Utmeldingssøksmålet reguleres gjennom tvl. § 35-7. Utmeldingssøksmålet medfører at hver enkelt part, kanskje uten å ville det, blir en del av søksmålet. På en annen side kan denne søksmålsformen fange opp individer som kanskje ikke ville ha blitt med på søksmålet, slik at de spares for bryet ved å melde seg på.⁹²

⁸⁸ Nagelhus(2008) Jussen Venner-Nr.03-”Tvisteloven:Vilkår for fremming av gruppesøksmål” s.180.

⁸⁹ NOU 2001:32 s. 467, 485-486.

⁹⁰ NOU 2001:32 s. 494, Ot.prp. nr. 51(2004-2005) s. 336.

⁹¹ Hov(2007) Rettergang III Sivilprosess s. 324 og 325.

⁹² Ot.prp. nr. 51 2004-2005 s. 334.

Hvilken av disse søksmålsformene som skal fremmes, er det opp til retten å avgjøre jf. tvl. § 35-4 (1) litra b. Partene kan komme med forslag til hvilken av disse formene de ønsker, men det er retten som til slutt avgjør hvorvidt gruppesøksmål kan fremmes, herunder valget av søksmålsform jf. tvl. § 35-4 (1). Dette bringer oss inn på hvilke vilkår som gjelder for gruppesøksmål.

3.2.4.3 Vilkår for gruppesøksmål

Dersom gruppesøksmål skal reises, må det naturlig nok være ”flere rettssubjekter” som fremmer søksmål. Disse må i tillegg ha et ”krav eller forpliktelse som vesentlig er faktisk og rettslig likeartet” jf. tvl. § 35-2 (1) litra a. Disse uttrykkene krever en forklaring. Med gruppe siktes det til en avgrenset mengde ”rettssubjekter”. Tv. § 35-2 (1) litra a fremhever at det må det foreligge ”flere rettssubjekter”. Hvor mange det må være i en gruppe svarer verken forarbeider eller juridisk teori entydig på. Dette kan ha bakgrunn i at man ikke kan være sikker på hvor mange som kommer til å bli med i søksmålet.⁹³ Retten må derfor vurdere om antallet er tilstrekkelig høyt nok til at gruppesøksmål kan fremmes jf. tvl. § 35-4. Det kan likevel være grunn til å hevde at man bør oppgi et estimert antall ved stevningen til retten jf. tvl. § 35-3 (3).

Om man ser til utenlandsk praksis, og særlig fra amerikansk rett, legges det til grunn at det ikke kan stilles opp et absolutt krav til antall medlemmer i gruppen. Det kan heller ikke settes en øvre grense for hvor mange som kan være med i gruppesøksmålet.⁹⁴ Det finnes eksempler der en amerikansk domstol har nektet å akseptere gruppesøksmål hvor den berørte gruppen var på ca 300, mens en annen domstol har akseptert et gruppesøksmål hvor det kun var 18 medlemmer. Om praksis fra USA har en retningsgivende effekt for norske domstoler gjenstår å se. Derimot er amerikansk rett i stor grad preget av at de benytter

⁹³ Nagelhus(2008) Jussen Venner-Nr.03-”Tvisteloven:Vilkår for fremming av gruppesøksmål” s.182.

⁹⁴ NOU: 32 Rett på sak, Lov om tvisteløsning kapitel 17.3.2.4.2 jf. Wright, Miller and Kayne, Federal Practice and Procedure, volume 7A, St. Paul, Minn, 1986 med senere oppdateringer. s. 510 flg. Dette er en meget omfattende kommentarutgave til prosessreglene, hvorav det vesentlige av bind 7A gjelder Federal Rule 23 - den føderale prosessregel for gruppesøksmål.

utmeldingssøksmål, slik at rettspraksis på dette området vil kunne være interessant for tolkningen av tvl. § 35-7.⁹⁵

Etter tvl. § 35-3 (1) litra b åpnes gruppesøksmål for ”foreninger, stiftelser, samt offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser, når søksmålet ligger innenfor deres formål og naturlige virkeområde etter § 1-4”. Hvor mange som faller inn under denne gruppen kan variere ut i fra størrelsen på foreningen, stiftelsen eller det offentlige organet. Et vilkår for at disse skal kunne reise gruppesøksmål er at søksmålet må ligge ”innenfor deres formål og naturlige virkeområde”. Forbrukerrådet kan tenkes å reise søksmål på vegne av forbrukere for å ”fremme særskilte interesser”. Hensynet til forbrukeren i et marked kan nok falle innenfor en slik vurdering som omtalt i tvl. § 35-3 (1) litra a.

Når det er på det rene at det foreligger ”flere rettssubjekter”, er spørsmålet videre om disse rettssubjektene har ”krav eller forpliktelser på samme eller vesentlig likt faktisk eller rettslig grunnlag” jf. tvl. § 35.2 (1) litra a. Utgangspunktet er at kravene må være vesentlig like, slik at det i rettssaken ikke skal være anledning til å behandle individuelle spørsmål inngående. Hele poenget er at retten skal kunne forholde seg til gruppen under ett med de fellesspørsmål dette innebærer. Derimot vil situasjonen være annerledes der det foreligger erstatningskrav, og hvor spørsmålet er om ansvarsgrunnlaget kan anses å bli behandlet under ett, mens erstatningsutmåling kan behandles individuelt jf. tvl. § 35-11 om delt pådømmelse for ett eller flere gruppemedlemmer. Kravet til likhet i tvl. § 35-2 (1) litra a må sees i sammenheng med vilkåret i litra c. Dersom kravene til likhet i litra a ikke er oppfylt, kan dette ha betydning for rettens vurdering om gruppesøksmål er den beste behandlingsmåten, jf tvl. §§ 35-3 (1) litra c jf. 35-4 (3).

3.2.4.4 Subjektiv kumulasjon vs. gruppesøksmål

I denne vurdering vil vi kun ta for oss søksmål etter kumulasjonsreglene og sammenligne disse opp mot gruppesøksmål. Av hensyn til avhandlingens ramme vil vi kun behandle subjektiv kumulasjon. Med kumulasjon menes når flere rettsforhold kreves pådømt i

⁹⁵ Nagelhus(2008) Jussen Venner-Nr.03-”Tvisteloven:Vilkår for fremming av gruppesøksmål” s. 182.

samme sak. Subjektiv kumulasjon, eller prosessfelleskap, foreligger når krav er fremsatt av flere saksøkere. Der det er flere sakssøkere på én side omtales dette gjerne som aktiv subjektiv kumulasjon. Motsatt vil et søksmål med prosessfelleskap på saksøktes side omtales som passiv subjektiv kumulasjon.⁹⁶ Vi vil kun omtale tilfelle der det foreligger aktiv subjektiv kumulasjon slik det fremgår av tvl. § 15-2. Det foreligger i hovedsak ulike krav for at flere parter kan saksøke i samme sak. Vilåårene følger delvis av tvl. § 15-1(1) litra a til c og tvl. § 15-2 (1) litra a og b. For den videre fremstillingen vil vi forutsette at vilåårene for subjektiv kumulasjon er oppfylte.

Adgangen til subjektiv kumulasjon var allerede tilgjengelig i den tidligere lovgivningen, og er således ingen nyskapning i tvisteloven. Derfor kan det tenkes at flere vil velge å fremme søksmål etter reglene om subjektiv kumulasjon, siden det ikke er erfaringer med gruppesøksmål. Når det er sagt, skal det fremheves at det foreligger både likheter og ulikheter, fordeler og ulemper med begge disse søksmålsformene. Forarbeidene gir liten veiledning til en slik vurdering, men vi vil likevel fremstille noen av de vesentligste forskjellene. Vi tar da utgangspunkt i den aktive subjektive kumulasjonsformen og gruppesøksmål etter påmeldingsalternativet, som er lovens normalordning.⁹⁷

Skal det reises et søksmål etter reglene om gruppesøksmål må det foreligge et krav eller forpliktelse som er ”vesentlig likt faktisk og rettslig” jf. tvl. § 35-2 (1) litra a. Bakgrunnen for dette er at gruppens krav skal behandles under ett med de fellesspørsmål dette innebærer. Ordlyden ved subjektiv kumulasjon fremhever at likhetskravet er noe mindre strengt enn ved gruppesøksmål. Her er det kun nødvendig at det er ”nær sammenheng mellom kravene” jf. tvl. § 15-2 (1) litra b. Her fremhever juridisk teori at der det kreves dom for at en kontrakt skal oppfylles, men samtidig kreves erstatning for forsinkelse, er kravet til nær sammenheng mellom kravene oppfylt.⁹⁸

⁹⁶ Hov(2007) Rettergang III Sivilprosess kap. 8.

⁹⁷ NOU 2001:32 s. 494 og Ot.prp. Nr. 51 (2004-2005) s. 336.

⁹⁸ Hov(2007) Rettergang III Sivilprosess s. 190.

I et gruppesøksmål vil det være rettens oppgave å godkjenne gruppesøksmålet jf. tvl. § 35-4. Samtidig vil retten sende ut varsel om godkjent gruppesøksmål til potensielle gruppemedlemmer jf. tvl. § 35-5. Ved subjektiv kumulasjon er det opp til partene selv å varsle andre potensielle parter. Normalt foregår denne varslingen gjennom et prosessvarsel jf. tvl. § 15-9. Ved påmeldingssøksmål fører retten et grupperegister som omfatter alle som melder seg på jf. tvl. § 35-6. Noen tilsvarende ordning finnes ikke for subjektiv kumulasjon, bortsett fra at retten registrerer de aktuelle parter til rettsmøter og lignende.

Når det gjelder ivaretagelse av gruppemedlemmenes rettigheter og plikter, vil en grupperepresentant ha fullmakt til å foreta rettslige skritt og prosesshandlinger på vegne av gruppen jf. tvl. § 35-9. Grupperepresentanten vil bli oppnevnt av retten jf. tvl. § 35-4 (2) litra e. Ved subjektiv kumulasjon har man ikke en tilsvarende ordning. Likevel vil partene ha en prosessfullmektig, som vil være den som er legitimert til å inngå både utenrettslige forlik og rettsforlik for de parter han representerer.⁹⁹

En vesentlig forskjell mellom disse to søksmålsformene er partsbegrepet. I gruppesøksmål vil gruppen som sådan ha stilling som part, men ikke hvert enkelt gruppemedlem. Dette betyr at det enkelte gruppemedlem ikke kan opptre i prosessen på egen hånd. Dette må kunne forstås som at de enkelte gruppemedlemmene ikke kan gå til selvstendig sak.¹⁰⁰ For tilfeller der det verserer sak mens gruppesøksmål godkjennes, eller der en part melder seg ut av søksmålet vil dette reguleres noe annerledes, men disse vil ikke bli behandlet her.

Ved subjektiv kumulasjon får samtlige som deltar partsrettigheter, men bare for det rettsforhold som han selv er part i. Dette medfører at hver enkelt kan føre vitner, fremsette innsigelser og anvende ulike rettsmidler.¹⁰¹

Virkingen av subjektiv kumulasjon vil føre til at søksmålet betraktes som én sak. Dette fremgår dels av tvl. §§ 15-1 (1) og 15-2 (1). Med én sak menes at det skal avsies én dom i

⁹⁹ Nagelhus(2008) Jussens Venner - Nr. 3 ”Tvisteloven: Vilkår for fremming av gruppesøksmål” s. 192.

¹⁰⁰ Hov(2007) Rettergang III Sivilprosess s. 331.

¹⁰¹ Hov(2007) Rettergang III Sivilprosess s. 191.

saken, til tross for at det kan bli delt på dømmelse etter tvl. § 15-6. Dette innebærer også at verdiene i rettsforholdet skal legges sammen for beregningen av tvistegjenstandens verdi. At saken skal dømmes som én sak gjelder imidlertid ikke helt for saksomkostninger jf. tvl. § 20-6. Virkningen av gruppesøksmål er at dommen vil være bindende for alle gruppemedlemmene jf. tvl. § 35-11 (1). Ved gruppesøksmål fastsettes det et maksimalansvar som gjør at gruppemedlemmene ikke blir direkte ansvarlig for saksomkostningene til motparten jf. tvl. §§ 35-14 og 35-12.

På mange måter synes disse to søksmålsformene å gi parter med likeartede krav anledning til å opptre i fellesskap. Ved valg av søksmålsform vil man måtte vurdere hvilken form som er mest hensiktsmessig. Særlig der antallet er høyt kan gruppesøksmål anses å være et godt alternativ. Etter amerikansk rett skal gruppen være så tallrik at subjektiv kumulasjon ikke vil være gjennomførbart.¹⁰² Subjektiv kumulasjon er et godt alternativ dersom man ønsker å fremme et felles søksmål, men fortsatt ha partsrettigheter. I juridisk teori hevdes det at gevinsten ved disse to søksmålsordningene er omtrentlig like stor.¹⁰³

Dette utgangspunktet gjelder kun etter hvordan gruppesøksmål er formet etter norsk rett. Ved utarbeidelsen av gruppesøksmålsbestemmelsene i tvisteloven ble vesentlige elementer av den amerikanske ordningen utelatt. Dersom den amerikanske ordningen hadde blitt innført i norsk rett, er spørsmålet om gevinsten hadde blitt større. Det kan tenkes at det i alle fall er et prosessbesparende element å velge gruppesøksmål fremfor subjektiv kumulasjon. En nærmere vurdering av disse amerikanske ordningene vil bli behandlet i neste punkt.

3.2.4.5 Finansiering av søksmål

Denne vurderingen vil fokusere på omkostningene forbundet med gruppesøksmål, og særlig finansiering av gruppesøksmål. Økonomiske hensyn står svært sentralt i

¹⁰² Nagelhus(2008) Jussen Venner-Nr.03-”Tvisteloven:Vilkår for fremming av gruppesøksmål” s. 182. Jf. Federal Rules of Civil Procedure (FR), Rule 23 bokstav (a) nr. 1:”The class is so numerous that joinder off all members is impracticable”.

¹⁰³ Hov(2007) Rettergang III Sivilprosess s. 333.

gruppeprosessen. Det er fremhevet i forarbeidene at kostnadene knyttet til gruppesøksmål skal være lavere enn om det hadde blitt fremmet et individuelt søksmål.¹⁰⁴ Bakgrunnen for dette kan være at omkostningsrisikoen knyttet til egne og motpartens saksomkostninger ofte vil føre til at søksmål ikke reises.

I gruppesøksmål er alle rettigheter og plikter knyttet til sakskostnader henvist til grupperepresentanten jf. tvl. § 35-12. På denne måten skal grupperepresentanten sikre den nødvendige finansieringen for selv å unngå et personlig ansvar. For gruppemedlemmene betyr dette at retten kan pålegge hvert enkelt medlem et maksimalansvar, som kan forhåndsbetales jf. tvl. § 35-4 (2) litra d. Kostnadene knyttet til gruppeprosess kan belyses med de finansieringsordninger som finnes i henholdsvis USA og England.

For det første finnes det fondsordninger som går ut på at dersom gruppen vinner frem i gruppesøksmålet skal disse avstå deler av erstatningen til et fond som skal brukes til å finansiere andre gruppesøksmål. I norsk sammenheng ble det ytret skepsis til å innføre en slik ordning. Dette fordi utgangspunktet i norsk erstatningsrett er at det kun er det økonomiske tapet som skal erstattes. Det fremheves i forarbeidene at realistisk sett vil være vanskelig å bygge opp et slikt fond, og at det beste alternativet vil være å gi fri saksførsel uten at det knyttes vilkår til andel i erstatningen.

En ordning med prosentbasert salær, såkalt "contingency fee", benyttes i USA. Her får advokaten kun godtgjøring dersom saken vinnes, normalt mellom 30-50 % av tilkjent erstatning. I norsk sammenheng er det også skepsis til å innføre en slik adgang, siden advokaten vil få en sterk personlig økonomisk interesse i sakens utfall. Denne ordningen vil særlig være aktuell for de som ikke har likviditet til å føre søksmål. Det kan tenkes at klientens interesse ikke vil stå i fokus med en slik ordning, men heller advokatens. Ordningen vil heller ikke harmonere med norsk rett hvor det er skadelidtes tap som skal erstattes. I England benyttes såkalt betinget salær, "conditional fee". I disse tilfellene kan

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 51 2004-2005 s. 337.

salær kun kreves hvis saken vinnes. I disse tilfellene vil salæret ikke utgjøre en prosentvis andel, og kan da anses som en begrenset versjon av ”contingency fees”.

Ved vedtakelsen av tvisteloven ble ingen av disse ordningene innført, basert på det syn at samfunnet heller burde støtte opp om søksmålsordninger gjennom fri sakførsel. Isteden ble grupperepresentantens rolle vesentlig lagt vekt på i forhold til de rettigheter og plikter som knytter seg til omkostningene. Det fremheves i forarbeidene at å knytte ansvaret til grupperepresentanten vil styrke gjennomføringen av gruppesøksmål på en god og praktisk måte. Samtidig vil omkostningsansvaret til hvert enkelt gruppemedlem kunne sette gruppens motpart i en vanskelig situasjon dersom denne part skulle gjort et omkostningsansvar gjeldende.¹⁰⁵

3.2.5 Vurderinger

Ettersom tvisteloven har åpnet for gruppesøksmål, herunder påmelding - og utmeldingssøksmål jf. tvl. §§ 35-6 og 35-7, vil dette etter vår mening være i overensstemmelse med hvitbokens forslag om adgang til kollektive søksmål. Hvitbokens forslag om representative søksmål anlagt av en kvalifisert gruppe synes å bli ivaretatt gjennom tvl. § 35-3 (1) litra b, hvor gruppesøksmål åpnes for ”foreninger, stiftelser samt offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser”. Hvitbokens forslag gir muligheten til å fremme søksmål på vegne av ”identifiable victims”.¹⁰⁶ Det synes uklart om norsk rett har en identisk løsning i tvisteloven.

Hvitboken foreslår ikke noen av de amerikanske finansieringsordningene eller salærordningen som omtalt i 3.2.4.5. Hvorvidt gruppesøksmålsordningen blir svekket som følge av denne manglende ordningen er usikkert.

Etter vår mening gir dette private en særlig god adgang til å fremme erstatningssøksmål for overtredelse av EF-traktatens art. 81 og 82. Det kan derfor tenkes at norsk rett har virkemidler som muliggjør erstatningssøksmål i konkurransesaker.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr 51. 2004-05 s. 337-340.

¹⁰⁶ Hvitboken s. 4.

3.3 Tilgang på dokumentbevis

3.3.1 Hvitbokens forslag

Hvitbokens forslag 2.2 oppstiller et minimumskrav for utlevering av opplysninger mellom partene i et erstatningssøksmål. En av grunnene til at Kommisjonen fremmer dette forslaget er at tvangsmessig utlevering av informasjon mellom partene ikke tidligere har vært antatt tilstrekkelig. Kommisjonen ønsker av den grunn at partene i et erstatningssøksmål skal vedlegge relevante opplysninger for saken, og fremhever at bevisfremleggelsen skal overvåkes strengt av domstolen jf. ”strict judicial control”¹⁰⁷.

3.3.2 Adgang til bevismateriale

Adgang til utlevering av relevant bevismateriale fra parter eller tredjemenn skal skje under de nasjonale domstolars betingelser jf. ”specific conditions”.¹⁰⁸ Disse betingelsene omfatter at alle faktiske og rettslige opplysninger samt bevismateriale som er relevante for at saken fremlegges. Det forutsettes at saksøker selv har fremskaffet alle bevis som med rimelighet forventes er tilgjengelig for han jf. ”reasonably expected”.¹⁰⁹ Utlevering av bevis og opplysninger som fremlegges må være relevant og nødvendig i saken jf. ”relevant to the case and necessary and proportionate”.¹¹⁰

3.3.3 Bevisforspillelse

For å forhindre forspillelse av relevant bevismateriale eller at en virksomhet nekter å etterkomme påbud om utlevering av opplysninger, ønsker Kommisjonen at domstolene skal ha nødvendige virkemidler til å pålegge avskrekkende sanksjoner jf. ”deterrent sanctions”.¹¹¹ Hva disse sanksjonen egentlig består i er noe uklart. Derimot kan tenkes at avskrekkende sanksjoner vil veie negativt i erstatningssøksmålet for den saksøkte part dersom denne går utenom opplysningsplikten.

¹⁰⁷ Hvitboken s. 5.

¹⁰⁸ Hvitboken s. 5.

¹⁰⁹ Hvitboken s. 5.

¹¹⁰ Hvitboken s. 5.

¹¹¹ Hvitboken s. 5.

3.3.4 Norsk rett

3.3.4.1 Prinsippet om edisjonsplikt i norsk rett

Prinsippet om sannhets- og opplysningsplikt fremkommer av tvl. § 21-4 (1). Forarbeidene uttaler at denne plikten er et utslag av hensyn til åpenhet i prosessen, slik at avgjørelsen kan bygge på et riktig faktisk grunnlag, for å oppnå et materielt riktig resultat.¹¹² Edisjonsplikten går ut på at partene skal fremlegge bevis slik at saken blir ”riktig og fullstendig opplyst” jf. tvl. § 21-4 (1). Det er da partene som har hovedansvaret for å fremlegge bevis, til og med de bevis som taler mot ens egen sak jf. tvl. § 21-4 (2). Denne strenge edisjonsplikten kan ha bakgrunn i at domstolen skal ha et fullstendig bilde av saken, men i praksis er det spørsmål om hvordan dette skal ivaretas. Dersom en part ikke ønsker å utlevere bevis, kan han benekte at han har tilgang til beviset. Dette kan særlig være aktuelt der beviset inneholder forretningshemmeligheter eller er av privat karakter.¹¹³

Tvl. § 26-5 regulerer plikten til å fremlegge bevis i sivile saker. Ifølge bestemmelsen er hovedregelen at enhver er pliktig til å fremlegge realbevis for domstolen. Etter tvl. § 21-5 har enhver plikt til å avgi forklaring om forhold som kan ha betydning for saken, samt å gi tilgang til relevant realbevis. Bestemmelsens ordlyd bruker uttrykket ”enhver”, noe som innebærer at også tredjemenn omfattes av plikten til å fremlegge realbevis. Med andre ord omfattes også tredjemenn som står utenfor saken, inkludert offentlige myndigheter og domstolen selv.¹¹⁴

Bestemmelsen i tvl. § 26-5 gjelder også dokumenter som finnes hos offentlige myndigheter, uavhengig av fvl.¹¹⁵ § 18, som hindrer innsyn i interne dokumenter jf. Rt. 1960 s. 1391 og Rt. 1970 s. 1543. På en annen side gjelder fremleggelsesplikten kun dokumenter som anses som ”bevis” i saken. Dokumentene må altså ha betydning for saken

¹¹² NOU 2001: 32 Rett på sak, Ny tvistelov s. 946.

¹¹³ Hov(2007) Rettergang I Siviltvistemåte s. 277.

¹¹⁴ Hov(2007) Rettergang I Siviltvistemåte s. 278.

¹¹⁵ Lov av 10.februar 1967 om behandlingsmåte i forvaltningssaker. Heretter omtalt som fvl.

og de faktiske forhold. Dette gir en avgrensning til subjektive dokumenter som for eksempel juridiske betenkninger eller rettslige utredninger. Sistnevnte dokumenttyper kan ikke anses å kvalifisere som bevis, og de kan ikke kreves fremlagt eller beslaglegges.¹¹⁶

Fremleggelsesplikten gjelder kun realbevis som vedkommende ”har hånd om”, jf. tvl. § 26-5. Dette betyr også at en må kunne fremskaffe beviser som vedkommende ikke har fysisk tilgang til, men likevel har disposisjonsrett over.¹¹⁷

Retten kan imidlertid nekte tilgang til beviset, altså avkjære et urimelig krav om fremleggelse. Ifølge tvl. § 26-5 (3) 1. pkt. kan retten nekte tilgang til bevis som nevnt etter (1) og (2), og dersom det vil føre til omkostninger som ikke står i et rimelig forhold til det som kan fremkomme av beviset. Retten kan også nekte tilgang til beviset hvor parten har anskaffet beviset ulovlig. Dette følger også av regelen om proporsjonalitet i tvl. § 21-8. Bestemmelsens pkt. 2 gir retten muligheten til å stille vilkår for at en part skal få tilgang til beviset. Et krav om fremleggelse av bevis må spesifiseres. I praksis er det blitt forstått slik at en må angi hvilke dokumenter som en vil ha innsyn i. En begjæring om at motparten skal fremlegge dokumenter som er relevant for saken er ikke tilstrekkelig, jf. Rt. 1936 s. 367.¹¹⁸

Dersom et dokumentbevis er hos det offentlige, kan en ta i bruk reglene i offentlighetsloven¹¹⁹ for å få tilgang til dokumentene. Da må den som er interessert i en sak angi hvilken sak det gjelder, og vedkommende vil dermed få tilgang til alle dokumentene i saken jf. offvl. § 2 (2). Dersom den som fremlegger krav om å få se dokumentene selv er part i saken, vil vedkommende få dokumentinnsyn etter reglene i fvl. §§ 18 og 19. Reglene om bevisforbud og bevisfritak begrenser fremleggelsesplikten. Dette gjelder dokumenter som er taushetsbelagte og som ikke kan utleveres, for eksempel legejournaler. Ved tilfeller hvor det er tvist om bevis, kreves det at det foreligger en kjennelse om fremleggelsesplikt

¹¹⁶ Hov(2007) Rettergang I Sivil- straffeprosess. s. 278.

¹¹⁷ Hov(2007) Rettergang I Sivil- straffeprosess. s. 278.

¹¹⁸ Hov(2007) Rettergang I Sivil- straffeprosess. s. 279.

¹¹⁹ Lov av 19.juni nr.69 1970 om offentlighet i forvaltningen. Heretter omtalt som offvl.

jf. tvl. § 19-2 litra d. Dersom det reises innsigelser mot et krav om fremleggelse av realbevis kan det løses etter tvl. § 26-7. Retten må da ha hjemmel dersom begjæringen om fremleggelse skal etterkommes, og ta stilling til om det foreligger bevisforbud eller bevisfritak.¹²⁰

Bestemmelsen i krrl. § 27 angir også regler om tilgang til dokumenter i saker som vedrører overtredelse av konkurranseretten, men dette gjelder kun i særlige tilfeller. Disse reglene åpner for innsyn i dokumenter for de med rettslig interesse og sakens parter. Ved et søksmål om privat håndhevelse vil det kunne supplere reglene i tvisteloven om bevis tilgang. Pålegg om utlevering av informasjon/dokumenter til tredjemenn under behandlingen av en sak vil kunne føre til en vanskeliggjøring av etterforskningsprosessen.¹²¹

3.3.5 Vurderinger

Kravet til utlevering av bevis og bevisfremleggelse i hvitboken er ivaretatt gjennom tvl. §§ 26-5 og 21-4 slik at norsk rett er i overensstemmelse med hvitbokens forslag på dette punkt. Vi vil fremheve relevansen av proporsjonalitet ved bevisføringen, jf. tvl. § 21-8 hvor det skal være et rimelig forhold mellom saken og omfanget av beviset. I den sammenheng mener vi at hvitbokens forslag om utlevering av kun nødvendige opplysninger som er relevant i saken jf. ”relevant to the case and necessary and proportionate”¹²² er ivaretatt i norsk rett. Etter vår mening gir forslaget om fremleggelse av bevis, en god adgang for private til å få relevante bevis, slik at private kan føre erstatningssøksmål for domstolen. Forslaget er etter vår mening et godt virkemiddel for effektiv håndhevelse, forutsatt at nødvendig og relevant bevis faktisk blir utlevert.

¹²⁰Hov (2007) Rettergang I Sivil-straffeprosess s. 280.

¹²¹ Konkurransetilsynets høringsvar s. 6.

¹²²Hvitboken s. 5.

3.4 Bindende effekt av nasjonale konkurransemyndigheters avgjørelse i konkurransesaker

3.4.1 Hvitbokens forslag

Hvitbokens forslag 2.3 går ut på at endelige vedtak fra nasjonale konkurransemyndigheter ved overtredelse av EF-traktaten art. 81 og 82 skal binde de nasjonale domstoler i senere erstatningssøksmål mellom de samme parter og de samme faktiske forhold. Disse avgjørelsene kan dermed bli brukt som bevis for senere erstatningssøksmål innenfor medlemslandene.

3.4.2 Beslutning – bindende bevis

Hvitbokens forslag handler om at det skal bli lettere å fremme erstatningssøksmål, ved at tidligere beslutninger kan benyttes som bindende bevis. I tillegg mener Kommisjonen at dette vil sørge for en mer ensartet anvendelse av EF-traktatens art. 81 og 82. Kommisjonen hevder at dersom man skal undersøke de faktiske og rettslige omstendigheter som en nasjonal domstol eller offentlig myndighet *allerede* har vedtatt, vil dette skape en unødvendig overlapping. Samtidig vil dette medføre vesentlige merutgifter og forlengelse av saksøkers erstatningssøksmål. Derfor ønsker Kommisjonen at det ikke kan føres motbevis mot disse avgjørelsene. I hvitboken ble det uttalt;

”The Commission sees no reason why a final decision on Article 81 or 82 taken by an NCA in the European Competition Network (ECN), and a final judgment by a review court upholding the NCA decision or itself finding a infringement should not be accepted in every Member State as a irrebuttable proof of the infringement in subsequent civil antitrust damages cases”¹²³

3.4.3 Forutsetning for bruk av bindende bevis

Hvitboken stiller visse krav til bruken av en avgjørelse som bindende bevis. For det første er det nødvendig at beslutningen er endelig. Videre må saksøkte ha brukt opp alle

¹²³ Hvitbokens punkt 2.3 s. 5-6.

ankemuligheter jf. ”exhausted all appeal avenues”.¹²⁴ Samtidig må saken relaterer seg til samme praksis eller anvendelsesområde og mellom de samme virksomheter jf. ”same practices and same undertaking(s)”.¹²⁵

3.4.4 Norsk rett

3.4.4.1 Kravet til forsvarlig rettergang

Når domstolenes løser rettslige konflikter, må prosessen som leder frem til en materielt riktig avgjørelse ha blitt ivarettatt på en betryggende måte. Prinsippet om at domstolene skal være uavhengige og upartiske sikrer partene en rettferdig prosessordning. Tilliten til domstolen bygger også på en forsvarlig rettergang, noe som innebærer at saksbehandlingsregler overholdes.¹²⁶ En dom vil kunne bli opphevet dersom saksbehandling ikke har vært betryggende nok jf. Rt. 1977 s.799.¹²⁷ Forsvarlighetskravet i norsk rett relaterer seg ikke bare til grundighet, men også dels kryssende hensyn som at saken ikke skal trenes, men avsluttes innen rimelig tid. Dette kravet fremgår også av EMK art. 6 nr. 1 som sier at grunnleggende rettergang skal gjennomføres ”innen rimelig tid”. Ikke minst må prinsippet om kontradiksjon nevnes, siden dette sikrer at alle parter skal ha hatt anledning til å uttale seg om sitt syn, fremlegge bevis, føre motbevis m.m. Disse prinsippene med flere kommer særlig til uttrykk gjennom formålsbestemmelsen i tvl. § 1-1.

Når det gjelder rettslige prinsipper innenfor EF-retten er disse ofte vektlagt i større grad enn det som er normalt i norsk, svensk og dansk rett. I EF-retten er de viktigste prinsippene legalitetsprinsippet, subsidiaritetsprinsippet og ikke-diskrimineringsprinsippet. Derfor kan det tenkes at prinsippene innenfor EF-retten vil ha samme mål som norsk rett, nemlig å bevare retten til forsvarlig rettergang.¹²⁸

¹²⁴ Hvitboken s. 6.

¹²⁵ Hvitboken s. 6.

¹²⁶ Hov(2007) Rettergang I, Sivil- og straffeprosess kapittel 5.

¹²⁷ Bedre kjent som nattmøtet i Eidsivating, hvor retten hadde forsert i alt for høyt tempo slik at dommen ble opphevet.

¹²⁸ Sejersted, Arnesen, Rognstad, Foyen og Kolstad.(2004) EØS-rett 2.utg s. 64-65.

3.4.4.2 Luganokonvensjonen og norsk rett

Luganokonvensjonen¹²⁹ ble inkorporert som lov i norsk rett gjennom Luganoloven.¹³⁰ Luganoloven tar for seg hvordan utenlandske dommer og avgjørelser kan anerkjennes og fullbyrdes i Norge jf. Luganoloven § 1. Luganokonvensjonen baserer seg på den tilsvarende Brusselkonvensjonen av 27. September 1968 om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile saker hvor konvensjonen er gjennomført ved forordning nr.44/2001. Spørsmålet i denne vurderingen er hvorvidt avgjørelser og beslutninger foretatt av utenlandske domstoler og konkurransemyndigheter kan gis direkte virkning innenfor norsk rett. I fortalen til Luganokonvensjonen er formålet:

”[å]fastlegge sine domstolars domsmyndighet i rettsforhold over landegrensene og å gjøre anerkjennelse lettere samt å innføre en hurtig prosedyre for fullbyrding av dommer, autentiske offentlige bekreftede dokumenter og rettsforlik”

Luganokonvensjonen art. 31 sier at dersom en dom har blitt avsagt i én konvensjonsstat og i tillegg er tvangskraftig der, skal denne fullbyrdes i en annen konvensjonsstat etter begjæring fra en part med rettslig interesse. Med andre ord er utgangspunktet at det må bli avsagt en ”dom” jf art. 31. Etter art. 25 skal en ”dom” forstås som;

”truffet av en domstol i en konvensjonsstat uten hensyn til hva den kalles, herunder kjennelse, fullbyrdingsordre eller rettskriverens avgjørelse av sakskostnader”.

For at en tvangskraftig utenlandsk dom eller avgjørelse skal gis bindende virkning innenfor norsk rett, må denne bli fullbyrdet i mottakerstaten jf. Luganokonvensjonen art. 31. Fremgangsmåten ved tvangsfullbyrdelse av utenlandske avgjørelser og dommer skjer etter de nasjonale reglene i mottakerstaten jf. art. 33. Ved tvangsfullbyrdelse av utenlandske

¹²⁹ Konvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker vedtatt i Lugano 16. september 1988 med protokoller. Heretter omtalt Luganokonvensjonen.

¹³⁰ Lov 8.januar 1993 nr. 21 om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker. Heretter omtalt som Luganoloven.

dommer og avgjørelser i Norge benyttes reglene i tvangsfullbyrdsloven.¹³¹ Tvangsl. § 4-1 fremsetter mulige tvangsgrunnlag, og kan kun begjæres tvangskraftig hvor det foreligger et tvangsgrunnlag. Avgjørelser og dom foretatt av utenlandske domstoler eller annen utenlandsk myndighet gjelder tvangsl. § 4-1 (1) litra f. Dette gjelder der det er foretatt en avgjørelse av utenlandsk domstol eller annen utenlandsk myndighet, utenlandsk offentlig forlik og voldgiftsdom.

Dersom nasjonale konkurransemyndigheter i for eksempel Tyskland fatter et bindende vedtak i en konkurransesak, vil dette være en avgjørelse foretatt av utenlandsk myndighet, men et forvaltningsvedtak som i prinsippet faller utenfor Luganokonvensjonen jf. art. 1. Selv om Luganokonvensjonen ikke gjelder forvaltningsrettslige saker, vil den likevel gjelde i sivile saker, herunder erstatningssøksmål. Reglene i den europeiske menneskerettighetskonvensjon¹³² art. 6 sier at alle har rett til såkalt "fair trial". I tillegg fremhever Luganokonvensjonen art. 27 nr. 1 en unntaksadgang som sier at utenlandsk dom ikke skal anerkjennes dersom "det ville virke støtende på rettsordenen ("ordre public") i mottakerstaten". Art. 34 nr. 1 i fordring nr 44/2001 slår fast at domstolene i medlemslandene kan nekte å anerkjenne en avgjørelse fra en annen medlemsstat dersom det ville stride mot rettssikkerheten. Dette gjelder også dersom dommen ikke har ivaretatt kravet til forsvarlig saksbehandling eller rettergang i menneskerettighetskonvensjonen. I arbeidsdokumentet s. 48 blir det uttalt;

"The Commission would nonetheless see no objection if Member States were to introduce an additional safeguard ensuring the protection of the rights of defence, and to make the binding effect of an NCA decision from another Member State subject to an exception analogous to that contained in Article 34(1) of Regulation 44/2001 as regards fair legal process".¹³³

¹³¹ Lov av 26.juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse. Heretter omtalt som tvangsl.

¹³² Europarådets konvensjon av 4.november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene innført ved lov av 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Heretter omtalt som menneskerettighetskonvensjonen.

¹³³ Arbeidsdokumentet s. 48 avnitt 162.

Forslaget om bindende virkning av konkurransemyndigheters avgjørelser er først og fremst begrunnet i ønsket om å redusere prosesskostnader i saker der det kan kreves erstatning som følge av overtredelse av konkurransereglene.¹³⁴

3.4.5 Vurderinger

Forslaget går ut på at nasjonale konkurransemyndigheters vedtak skal binde de nasjonale domstoler i senere erstatningssøksmål, mellom de samme parter og de samme faktiske forhold. I norsk sammenheng vil Luganokonvensjonen regulere hvordan utenlandske dommer og avgjørelser skal anerkjennes og fullbyrdes, jf. Luganolovent § 1.

I Norges kommentar til hvitboken advares det mot å la utenlandske domstoler eller konkurransemyndigheters avgjørelser få bindende virkning for senere erstatningssøksmål.¹³⁵ Dette fordi departementet mener det vil skape usikkerhet ved om kravet til rettsikkerhet og kravet til forsvarlig rettergang. Innenfor norsk rett har rettsikkerhet en snevrere betydning enn etter EF-retten, noe som departementet ikke har vurdert i sin kommentar til hvitboken.

Forslaget om å la avgjørelser av nasjonale konkurransemyndigheter få bindende effekt i senere erstatningssøksmål, er møtt med stor skepsis fra norsk og internasjonalt hold. Av de innsendte høringssvar som har kommet til Kommisjonen vedrørende hvitboken, har dette forslaget vært mest kontroversielt. I europeisk sammenheng er det kun få medlemsstater som har denne ordningen, og det er etter vår mening lite som tyder på at flere stater vil ønske å innføre denne ordningen. Forutsetningene for dette forslaget må være at alle involverte stater bør ha tilnærmet like prosessuelle regler for å sikre en lik saksbehandling. Dette gjelder også for domstolenes saksbehandling og for forvaltningen.

¹³⁴ Hvitboken s. 6.

¹³⁵ Norges høringssvar s. 6.

Domstolenes kontroll overfor vedtak og avgjørelser blir ivaretatt gjennom en unntaksadgang i arbeidsdokumentet.¹³⁶ Art. 34 nr. 1 i forordning nr. 44/2001 slår fast at domstolene i medlemslandene kan nekte å anerkjenne en avgjørelse fra en annen medlemsstat dersom dommen ikke har ivaretatt forsvarlig saksbehandling eller rettergang i menneskerettighetskonvensjonen. Til tross for denne unntaksadgangen, mener vi likevel at dersom forslaget skal kunne håndheves er det nødvendig med større endringer i norsk rett. Det vil etter vår mening kunne hjelpe private i fremme erstatningssøksmål, men medlemsstatenes prosessautonomi vil hindre at forslaget får fullt gjennomslag.

3.5 Sakskostnader

3.5.1 Hvitbokens forslag

Hvitbokens forslag 2.8 ønsker å innføre regler om sakskostnader ved erstatningssøksmål i konkurranseretten. Kommisjonen sier at reglene om fordeling av sakskostnader vil være avgjørende for hvorvidt det innledes et erstatningssøksmål. Dette kan skyldes at de økonomiske omkostningene forbundet med slike søksmål vil være store for saksøker dersom saken tapes. Kommisjonen ønsker at medlemsstatene skal vurdere de prosessuelle reglene om fordeling av saksomkostningene, slik at saksøkers ved tapte sak. Prinsippet om at taperen skal betale bør kunne fravikes av de nasjonale domstoler. På denne måten kan saksøkeren være trygg på at han ikke skal dekke saksøkers omkostninger hvor disse er unødvendige eller på annen måte urimelige ved tapte sak.

Hvitboken foreslår med hensyn til forutberegnlighet at det fastsettes et rettsgebyr på en passende størrelse, samt at nasjonale domstoler kan fastsette sakskostnader som fraviker de alminnelige sakskostnadsreglene. På denne måten vil saksøker ikke måtte betale motpartens fulle sakskostnader selv om saken tapes.¹³⁷ Justisdepartementet uttalte i sitt høringsvar at de var skeptiske til å innføre særlige sakskostnadsregler for erstatning i

¹³⁶ Arbeidsdokumentet avsnitt 162 s. 48.

¹³⁷ Hvitboken s. 10.

konkurransesaker. De uttalte at erstatning ved konkurransesaker ikke stilte seg i en annen stilling enn ved normale erstatningssøksmål.¹³⁸

3.5.2 Tilretteleggelse for forlik

Dette forslaget fremkommer ikke direkte av hvitboken, men gjennom arbeidsdokumentet som er en nærmere vurdering av de enkelte forslagene i hvitboken. ”Encouraging settlements”¹³⁹ dreier seg om anbefalte forlik i tilfeller der saksøker kan ha vanskeligheter med å bli tilkjent ”full erstatning”. Effektiviteten knyttet til forlik er arbeidsdokumentet positivt innstilt til, fordi forlik trolig vil medføre at saksøker kan få en viss kompensasjon. Arbeidsdokumentet anbefaler at medlemslandene kommer med prosessuelle løsninger slik at forlik kan forekomme ved brudd på konkurranseretten. At Kommisjonen fremmer en forliksordning kan være aktuelt hvor det synes klart at kravet ikke vil nå frem. Fordelen med forlik vil være å slippe kostnaden forbundet med et søksmål.¹⁴⁰

3.5.3 Taperen betaler

Alle medlemsstatene har sivilprosessuelle regler for hvordan sakskostnader skal fordeles på partene i en rettssak. I europeisk og norsk sammenheng er det normalt at den tapende part er nærmest til å bære saksomkostningene. Hvitboken ønsker således at dette prinsippet skal kunne fravikes. I USA er det slik at dersom en saksøkt får dom i disfavør på konkurranserettens område, må saksøkers kostnader dekkes av saksøkte ved rettsaken. Dette representerer et unntak fra hovedregelen om at hver part betaler sine egne rettskostnader.¹⁴¹

¹³⁸ Justisdepartementets høringsvar s. 6.

¹³⁹ Arbeidsdokumentet avsnitt 247 s. 75.

¹⁴⁰ Arbeidsdokumentet avsnitt 246 flg. s. 75.

¹⁴¹ Østby(2008) Konkurranserett – En strategisk og rettsøkonomisk tilnærming s. 122.

3.5.4 Norsk rett

3.5.5 Sakskostnader etter tvisteloven

Utgangspunktet i norsk rett er at den part som har ”vunnet saken” har krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten jf. tvl. § 20-2 (1). Med andre ord må taperen betale fullt ut omkostningene for seg selv og motparten ved tapt rettssak. Derimot kan det tenkes at det blir et mellomforhold hvor en ikke får medhold fullt ut, noe som ikke blir behandlet her. Ved at en part muligens må dekke motpartens krav, kan dette ha en viss preventiv effekt ved at det ikke vil fremsettes ubegrunnede søksmål.¹⁴² Den videre fremstillingen vil ta for seg tilfeller der sakskostnadene kan lempes til fordel for den tapende part.

I norsk rett kan erstatningsansvaret lempes til fordel for den tapende part, der det foreligger ”tungtveiende grunner..[som] gjør det rimelig” jf. tvl. § 20-2 (3). Forarbeidene¹⁴³ understreker at det dreier seg om en unntaksregel, og hvorvidt vilkåret ”tungtveiende grunner” får anvendelse, må bero på en helhetsmessig skjønnsvurdering. Det kreves normalt et kvalifisert grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen, og terskelen vil ligge relativt høyt. Unntakene er således ikke uttømmende. Det kan tenkes at hvitbokens forslag om berettigede søksmål kan kvalifisere som et mulig unntak etter tvisteloven. I tilfeller hvor utfallet av saken har stor prinsipiell betydning, viser forarbeidene til at det kan være grunn til å gjøre unntak. Det siktes i den sammenheng til saker hvor man har en ressurssterk part på den ene siden, og en ressurs svak part på den andre siden. I så fall bør sakskostnadsansvaret ikke tilkjennes den tapende part.¹⁴⁴ Dette kan være aktuelt i situasjoner der private vil gå til erstatningssøksmål mot større selskaper for overtredelse av konkurranseretten.

¹⁴² Hov(2007) Rettergang III Sivilprosess s. 424.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 444-445.

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 445-446.

Dersom man vurderer de ulike unntakene fremsatt i tvl. § 20-2 (3) a legges det særlig vekt på;

”om det var god grunn for saken prøvd fordi den var tvilsom”

Dette kan bli relevant i et eventuelt erstatningssøksmål der en privat har lidt økonomisk tap som følge av en konkurranseovertredelse. Videre oppstilles unntak i alternativ c om;

”saken er av velferdsmessig betydning og styrkeforholdet imellom partene tilsier slikt fritak”

Justiskomiteen viste til litra c som en presisering av at en må ta hensyn til den konsekvens saken har for de respektive parter, og at det skal legges særlig vekt på om den vinnende part er stat, kommune eller annen sterk motpart. I saker med sterke motparter som forsikringsselskap, banker m.m. vil det ofte være en vesentlig forskjell i styrkeforholdet mellom partene slik at risikoen for å måtte dekke motpartens saksomkostninger kan medføre betydelige rettstap for den enkelte.¹⁴⁵

3.5.6 Vurderinger

Forslaget i hvitboken ønsker å innføre sakskostnadsregler ved erstatningssøksmål, hvor de nasjonale domstoler skal kunne fravike det alminnelige prinsippet om at den tapende part skal bære saksomkostningene. Forslaget tar for seg at det heller skal fastsettes et rettsgebyr. I tillegg sier forslaget at det skal tilrettelegges for forlik i de tilfeller hvor det kan være aktuelt. Etter norsk rett kan den tapende part slippe sakskostnader under visse gitte forutsetninger i tvl.§ 20-2 (3). Vi ser det slik at unntaksadgangen fremsatt i denne bestemmelsen i stor grad vil kunne ivareta hvitbokens forslag. Når det gjelder føringer på hvordan forliksordningen skal foregå, har norsk rett gjennom tvistelovens kapitel syv og åtte regulert ulike typer mekling og løsninger for parter uten å gå til søksmål. Vi anser det slik at det ikke behøves noen endring i norsk rett når det gjelder dette forslaget.

¹⁴⁵ Innst.O. nr. 110 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). Kapittel 20.

Til tross for dette, er spørsmålet om forslaget vil være et godt virkemiddel for privat håndhevelse og retten til full erstatning. Det kan gi forutberegnelighet for den enkelt som ønsker å føre privat erstatningssøksmål dersom man betaler et rettsgebyr. Langt på vei vil man kunne hevde at norsk rett har løst problemet med sakskostnader, særlig der det fremmes gruppesøksmål. Ved gruppesøksmål vil hvert enkelt gruppemedlem kun betale en sum på forhånd som skal dekke eventuelle sakskostnader forbundet med gruppesøksmålet, og på den måten fastsette et øvre tak for sakskostnader jf. tvl. §§ 35-4 (1) litra d og 35-12.

4 Materielle spørsmål

4.1 Innledning

I denne delen av avhandlingen vil skyldkrav, erstatningsutmåling, overpris, foreldelse, og lempning bli behandlet.

4.2 Skyldkravet som forutsetning for erstatning

4.2.1 Hvitbokens forslag

I hvitbokens forslag 2.4 blir kravet om skyld behandlet. Situasjonen er at hvert enkelt medlemsland har ulike materielle og prosessuelle regler om hvorvidt kravet til skyld er oppfylt. Noen medlemsland gir rett til erstatning til tross for at de ikke har noe skyldkrav ved overtredelse av konkurransereglene. Kommisjonen fremhever at de ikke har innvendinger mot en slik fremgangsmåte.¹⁴⁶ Dette medfører at retten til full erstatning ved overtredelse av EF-traktatens art. 81 og 82 vil variere i medlemslandene, siden kravet til skyld praktiseres så vidt forskjellig. Hvitbokens forslag vil rette seg mot de medlemsland som krever påvisning av skyld. I de tilfeller hvor det er godtgjort en overtredelse av EF-traktatens art. 81 eller 82 foreslår Kommisjonen at det bør fastslås et erstatningsansvar for tap som er oppstått. Kommisjonen oppstiller likevel et unntak, ved at et erstatningsansvar ikke bør oppstå når overtredelsen kommer av en tilgivelig/unnskyldelig feil jf. ”genuinely excusable error”.¹⁴⁷ En mulig måte å forstå ”genuinely excusable error” kan være der en person handler innenfor det som er rimelig å forvente, men ikke kunne forutsett eller oppdaget at handlingen ville begrenset konkurransen.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Hvitboken s. 7.

¹⁴⁷ Hvitboken s. 7.

¹⁴⁸ Hvitboken s. 7.

4.2.2 Norsk rett

4.2.2.1 Skyldkravet etter norsk rett – subjektiv skyld

Det alminnelige utgangspunktet i norsk rett er at den som har opptrådt uaktsomt eller uforsvarlig er erstatningspliktig for det tap som er påført skadelidte. Dette skyldansvaret omtales som culpaansvaret. For å bli tilkjent erstatning innen norsk rett er kravet til skyld, økonomisk tap og årsakssammenheng nødvendige kumulative vilkår. Skyld i norsk erstatningsrett kan deles inn i tre ulike grader, uaktsomhet, grov uaktsomhet og forsett. Når den handlende er klar over at han utsetter omgivelsene for en risiko som er uønsket kan dette kalles for uaktsomhet (*culpa levis*). Uaktsomhet kan også foreligge når en er ubevisst over de uønskede risikoene, men der vedkommende burde innsett at risikoen oppstod. Det er en flytende grense mellom den simple og grove uaktsomhet.¹⁴⁹

Culpaansvaret viser til en handlingsmåte, hvor handlingsmåten skal sammenlignes med hvordan en aktsom, forsvarlig person normalt ville ha opptrådt i den konkrete situasjonen. Personen som handler i overensstemmelse med skikk og bruk, sedvaner og den alminnelige rettsoppfatning, vil normalt ikke handle uaktsomt. Skadevolderen må handle slik man med rimelighet kan forvente av ham. Det står sentralt i vurderingen om personen burde handlet annerledes, noe som medfører en skjønnsbasert helhetsvurdering.¹⁵⁰

Når det gjelder erstatningsansvar på konkurranserettens område dreier det seg om ansvar ved brudd på skrevne handlingsnormer. Brudd på en skreven handlingsnorm er etter norsk rett en del av vurderingen i culpaansvaret.¹⁵¹ For at skrevne handlingsnormer skal kunne tillegges avgjørende betydning i en culpavurdering, må skaden som har skjedd ha rammet en interesse som normen skal beskytte, eller skaden må være av en type som normen skal

¹⁴⁹ Lødrup(1999) Lærebok i erstatningsrett 4.utg. s. 122.

¹⁵⁰ Lødrup (1999) Lærebok i erstatningsrett 4.utg. s. 128.

¹⁵¹ Hjelmeng(2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 343.

beskytte eller forhindre. I tillegg må handlingsnormen verne om skadelidtes interesser.¹⁵² I den sammenheng oppstår flere spørsmål.

Vi begynner med å forklare hva som ligger i brudd på en skreven handlingsnorm. Som ved alminnelig culpaansvar må bruddet på den skrevne handlingsnormen vurderes opp mot om skadevolder kunne handlet annerledes.¹⁵³ Med skrevne handlingsnormer siktes det normalt til lover, forskrifter og regler.¹⁵⁴ Avgjørende for culpavurderingen i denne sammenheng er hvordan grensene for rettsbrudd er definert i konkurransereglene.¹⁵⁵ Det må da påpekes at det ikke foreligger noen automatikk i at overtredelsen er erstatningsbetingende etter culpaansvaret, men at det normalt vil være avgjørende for aktsomhetsvurderingen.¹⁵⁶

Det er fremhevet at handlingsnormen skal verne om skadelidtes interesser. Dette kan sikte til offentlige så vel som private interesser. Konkurranseretten har som formål å bevare ulike interesser. For det først oppmuntrer konkurranseretten til et fritt marked hvor alle har mulighet til å konkurrere på like vilkår, noe som kan tenkes å ivareta interessene til samfunnet eller allmennheten.¹⁵⁷ Dette fører naturlig nok til at noen aktører får bedre posisjon i markedet enn andre, slik at noen aktører vil tape konkurransen. Det er derfor tillatt å påføre andre økonomisk tap, men konkurransereglene trekker grensene for hva som er forsvarlig og hvor grensen for rettsbruddet går.¹⁵⁸ På denne måten vil det ikke bli noen anledning til å foreta noen utvidende skyldvurdering utover de skrevne normene, siden resultatet ved en overtredelse uansett vil medføre en forringelse av andres økonomiske situasjon.¹⁵⁹

¹⁵² Hagstrøm(1983) Culpanormen s. 18-24.

¹⁵³ Hagstrøm(1983) Culpanormen s. 18.

¹⁵⁴ Hagstrøm(1981) Culpanormen s. 16.

¹⁵⁵ Hjelmeng(2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 350.

¹⁵⁶ Hjelmeng(2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 349.

¹⁵⁷ Hjelmeng(2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 350.

¹⁵⁸ Kolstad, Ryssdal, Graver, Hjelmeng(2006) Norsk konkurranserett, Bind II Prosess og sanksjoner s. 177.

¹⁵⁹ Hjelmeng(2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 350.

Derimot kan det spørres om det er anledning til å hevde om aktøren forstod eller burde forstått at konkurransen ble begrenset eller misbrukt. Dette har sammenheng med spørsmålet om det foreligger ansvarsfrihetsgrunner under anvendelse av konkurranseretten. Overtredelse av konkurranseretten skjer normalt ikke av vanlige borgere, men av selskaper og virksomheter. For mulige ansvarsfrihetsgrunner etter konkurranseretten velger vi kort å vurdere faktisk og rettslig villfarelse.

Rettsvillfarelse er i norsk erstatningsrett en lite anerkjent fritaksgrunn, til tross for at konkurranseretten ofte byr på kompliserte og vanskelige regler. Rettsvillfarelse kan forklares der skadevolder har tolket regler for forsvarlighet galt eller ikke er kjent med disse.¹⁶⁰ Likevel fremgår det av juridisk teori at det bør gis en lemping i tilfeller der praksis legges om.¹⁶¹ På en annen side bør det kunne forventes at selskaper har enn viss kjennskap til konkurransereglene, og vinning som skjer på bekostning av konkurransereglene vil normalt føre til at selskapene kan oppnå en svært god økonomisk situasjon i markedet. I tillegg kan det fremheves at rettsvillfarelse vil kunne komme i konflikt med privates rett til å håndheve EF-rettigheter, jf. *Courage*-dommen og prinsippet om effektivitet.

Faktisk villfarelse betyr at man ikke har hatt noen rimelig grunn til å oppdage de faktiske omstendigheter som gjør at brudd på konkurransereglene inntreffer. Dette er ansett i erstatningsretten som ansvarsfriende.¹⁶² Innenfor konkurranseretten er da spørsmålet i hvilke situasjoner faktisk villfarelse kan oppstå.

Et alternativt grunnlag er ansvar på objektivt grunnlag, altså et erstatningsansvar uten hensyn til om ansvarlige har utvist skyld. Vi vil ikke foreta noen ytterligere behandling av objektivt ansvar som ansvarsgrunnlag innenfor konkurranseretten, fordi det etter vår mening er tilstrekkelig med en vurdering av subjektiv skyld for å belyse culpa kravet i konkurranseretten.

¹⁶⁰ Hagstrøm(1983)Culpanormen s. 67.

¹⁶¹ Hjelmeng(2003) Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler s. 357.

¹⁶² Hagstrøm(1983) Culpanormen s. 66.

4.2.3 Vurderinger

Forslaget i hvitboken går ut på at der en overtredelse av EF-traktaten art. 81 og 82 har blitt påvist, vil dette være tilstrekkelig for erstatningsansvar. Dette vil etter vår mening være i samsvar med norsk rett hvor det må foreligge skyld (culpa) for at skadevolder skal betale erstatning. På konkurranserettens område vil culpanormen sikte til brudd på skrevne handlingsnormer. Konkurransetilsynet fremhevet i sitt høringssvar at dersom forslaget i hvitboken skal implementeres i norsk rett, kan det tenkes at objektiv ansvar bør innføres ved lov. Vi er i tvil om slik løsning lar seg realisere innenfor norsk rett. Dersom konkurransen skal bli optimal er det parter som vil bli påført økonomisk tap. Dersom man karakteriserer konkurranseretten som et skadesamfunn, med de begrensninger som følger av konkurransereglene selv, synes det lite hensiktsmessig med et objektivt ansvar her.

Konkurransetilsynet vurderte det slik at et objektiv ansvar vil sørge for en preventiv effekt og en styrking av konkurransereglene.¹⁶³ Ifølge hvitboken skal det objektive ansvaret være gjeldende med mindre overtrederen kan bevise at overtredelsen var en følge av en handling som er unnskyldelig. Etter vår mening kan det objektive ansvarsgrunnlag være et alternativ til culpa, men vil utgjøre en liten forskjell. Konkurransetilsynet fremhevet at det ville vært hensiktsmessig at Kommisjonen utarbeidet en mer omfattende og klarere forklaring på hva som inngår i ”genuinely excusable error”¹⁶⁴ og i hvilke situasjoner disse unntakene kunne vært tatt i bruk.¹⁶⁵ Skl. § 5-2 gir adgang til å lempe erstatningskravet i de tilfeller hvor erstatningsansvaret vil være urimelig tyngende for overtrederen.¹⁶⁶ Vi anser norsk rett for å være i overensstemmelse med hvitbokens forslag, slik at det ikke er nødvendig med noen endring i norsk rett.

¹⁶³ Konkurransetilsynets høringssvar s. 5.

¹⁶⁴ Hvitbokens s. 7.

¹⁶⁵ Norges høringssvar s. 7.

¹⁶⁶ Konkurransetilsynets høringsvar s. 7.

4.3 Erstatningsutmåling

4.3.1 Hvitbokens forslag

Hvitbokens forslag 2.5 tar for seg erstatningsutmåling. I hvitboken blir det foreslått å kodifisere prinsippet om full erstatning som en kompensasjon for lidt tap. Videre foreslår hvitboken retningslinjer som tar for seg utmåling av erstatningens størrelse. Retningslinjene skal ikke være bindende, men skal være et hjelpemiddel til å beregne tapet. EF- domstolen påpekte at full erstatning av det pålidte tap var et minimum som kunne kreves av ofrene. Med full erstatning menes i hvitboken både direkte tap, og tap som følge av den konkurransebegrensende handlingen.

Hvitboken foreslår at full erstatning skal være et minstekrav. Det oppstår dermed et spørsmål om avgrensning av hva som skal inngå i full erstatning. Ifølge hvitboken omfatter kompensasjonen den reelle verdien av de økonomiske tap, herunder også tap av inntjening som følge av konkurransebegrensende handlinger, samt retten til renter av erstatningssummen. For å gjøre beregningen enklere har Kommisjonen utformet ikke-bindende retningslinjer som skal forenkle vurderingen av de økonomiske tapene. Beregningen består i å sammenligne den skadelidtes hypotetiske økonomiske situasjon før og etter konkurransebegrensningen.

4.3.2 Norsk rett

4.3.2.1 Prinsippet om full erstatning

Det er en alminnelig hovedregel i norsk rett at den som er skadelidt skal få erstattet sitt fulle økonomiske tap.¹⁶⁷ Med andre ord skal den som har lidt et økonomisk tap stilles i samme situasjon som om skade ikke hadde inntruffet. Beløpet som skaden verdsettes til er differansen mellom den økonomiske stillingen før og etter skaden. Andre økonomiske tap kan være formuestap som også omfattes av erstatningskravet. En har krav på å få dekket både skaden på tingen og påførte merutgifter, men tapt vinning eller inntjening er også en

¹⁶⁷ Lødrup (1999) Lærebok i erstatningsrett, 4 utg. Oslo. s. 395.

del av et eventuelt erstatningskrav. For tingsskade og formuesskade er regelen om full kompensasjon lovfestet i skadeerstatningsloven¹⁶⁸ § 4-1. Bestemmelsen omfatter også skade beregnet etter en persons skade eller tap av forsørger, jf. skl. §§ 3-1 og 3-4. Dette er lovbestemt uavhengig av hva som er grunnlaget for ansvaret. Prinsippet om full erstatning er noe som meget utbredt i medlemslandene.

4.3.3 Vurderinger

Hvitbokens forslag om kodifisering av full kompensasjon er i tråd med de norske erstatningsreglene, hvor skadelidte altså har rett til å få dekket hele det økonomiske tapet, herunder de faktiske tap, tapt fortjeneste og renter påløpt fra tidspunktet for inntruffet skade. De alminnelige regler om forsinkelsesrenter er ikke helt i tråd med dette, men forsinkelsesrenteloven vil kunne gi mulighet for full rentekompensasjon.

Videre foreslår hvitboken ikke-bindende retningslinjer som skal gjøre det enklere ved erstatningsutmålingen. Vi er enige at dette, fordi det kan være vanskelig og komplisert å fastsette omfanget av skaden ved brudd på konkurransereglen. Ikke-bindende retningslinjer vil også være i tråd med norsk rett, hvor prinsippet er at domstolen fastsetter erstatningen etter en skjønnsmessig vurdering.¹⁶⁹ Retningslinjene vil være med å styrke effektiviteten ved at medlemslandene får det enklere med å behandle hver enkelt sak.¹⁷⁰

Modeller og fremgangsmetoder for en erstatningsutmåling i konkurranseretten kan lede til en mer effektiv håndhevelse av private erstatningssøksmål. En standardisert fremgangsmetode vil kanskje gi et mer korrekt bilde av størrelsen på skaden enn hva en domstol ville ha kommet frem til ved en skjønnsvurdering. De nevnte beregningsmetodene som skal gjelde i konkurranseretten vil også kunne få anvendelse på andre rettsområder. Eksempler på dette er områder som ”intellectual property rights” og ”industrial

¹⁶⁸ Lov av 13.juni nr. 26 1969 om skadeerstatning. Heretter omtalt som skl.

¹⁶⁹ Konkurransetilsynets høringssvar s. 6.

¹⁷⁰ Norges høringssvar s. 7.

espionage”.¹⁷¹ Implementeringen av de nevnte beregningsmetoder kan også gjøre det komplisert for de nasjonale domstoler som allerede har vent seg til den tidligere metoden for erstatningsutmåling.¹⁷² Vi er av den oppfatning at norsk rett er i overensstemmelse med hvitbokens forslag, slik at det ikke er nødvendig med noen endring i norsk rett.

4.4 Overpris

4.4.1 Hvitbokens forslag

Hvitbokens forslag 2.6 tar for seg saksøktes rett til å fremme argumentet om overveltning av overprisen, i forbindelse med erstatningen av overprisen. Beviskravet til argumentet bør i følge Kommisjonen ha de samme krav som saksøkers bevisbyrde for å påvise skaden.¹⁷³ Det kan oppstå tilfeller hvor et tidligere ledd i omsetningskjeden har overpriset en vare. Det er tilfellet når noen overvelter den illegale overprisen på sine egne kunder, som omtales av Kommisjonen som ”passing -on defence”.¹⁷⁴

En indirekte kjøper¹⁷⁵ kan påberope seg overveltningen av overpris som grunnlag for et økonomisk tap. For den indirekte kjøper kan det være vanskeligere å bevise en overveltning av overpris. Grunnen til dette er at overprising kan befinne seg langt inn i tidligere distribusjonsledd, og hvor det i tillegg kan være komplisert å fremlegge klare bevis. Dersom den indirekte kjøperen ikke klarer å fremlegge relevante bevis, er Kommisjonens standpunkt at vedkommende ikke har rett til erstatning. Resultatet av dette vil være at overtrederen oppnår en berikelse som er urettmessig.¹⁷⁶ Kommisjonen anbefaler at nasjonale domstoler tar i bruk alle tilgjengelige virkemidler i nasjonal og internasjonal

¹⁷¹ Norges høringssvar s. 7.

¹⁷² Norges høringssvar s. 7.

¹⁷³ Konkurransetilsynets høringssvar s. 6.

¹⁷⁴ Hvitboken s. 8.

¹⁷⁵ Forklaring jf. punkt 3.2.2.

¹⁷⁶ Hvitboken s. 8.

rett for å unngå all urettmessig vinning som følge av brudd på konkurransebestemmelsene.¹⁷⁷

4.4.2 Overveltning av overprisen

Dersom flere selskaper går sammen om å kontrollere prisen i et marked, altså som et kartell, vil prisen kunne bestemmes av kartellet. En økt pris vil normalt bli veltet over i alle ledd helt til den ender hos sluttbrukeren. Spørsmålet er således hvordan man erstatningsrettslig skal håndtere dette. Det hvitboken foreslår er altså at enhver person som anses berørt av konkurransebruddet i prinsippet skal kunne kreve erstatning. Etter amerikansk rett kan man vise til de velkjente dommene *Hanover Shoe*¹⁷⁸ og *Illinois Brick*¹⁷⁹. I *Hanover Shoe* dommen erkjenner retten at mye av overprisen er videreformidlet til kunden, men at erstatningssøksmål av indirekte kjøpere ville være upraktisk. Ti år senere fastslo amerikansk Høyesterett gjennom dommen *Illinois Brick* at indirekte kjøpere ikke vil ha rett til erstatning, mens direkte kjøpere vil ha rett til erstatning for hele overprisen.¹⁸⁰ Denne regelen er bedre kjent som ”*indirect purchaser rule*”¹⁸¹, og den har riktignok unntak, men disse blir ikke videre behandlet i denne avhandlingen. Målsetningen med reglene er å hindre at samme økonomiske tap erstattes flere ganger. I europeisk og norsk erstatningsrett er presumsjonen at skadelidte skal få erstattet sitt økonomiske tap. *Indirect purchaser rule*, som hvitboken foreslår, dekker hele spekteret for alle som har blitt berørt av konkurranseovertredelsen.

4.4.3 Bevisbyrde

Parten som har bevisbyrde er den som har plikt og ansvar til å legge frem all nødvendig informasjon for å vise at det er overveiende sannsynlighet for at hans krav er berettiget. Bevisføringsplikten innebærer en plikt til å bringe alle nødvendige bevis for retten. Det er

¹⁷⁷ Hvitboken s. 8.

¹⁷⁸ *Hanover Shoe v. United Shoe Mach*, 392 U.S. 481 (1968).

¹⁷⁹ *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 439 U.S. 720 (1977).

¹⁸⁰ ”In *Illinois Brick Co. v. Illinois* the Supreme Court followed *Hanover Shoe* deciding that, since the direct purchaser has an action for the entire monopoly, the indirect purchaser should have none.” Hovenkamp 3rd edition s.624 ff.

¹⁸¹ Østby(2008) Konkurranserett- en strategisk og rettsøkonomisk tilnærming. s. 192.

slik at skadevolderen blir frifunnet dersom skadelidte ikke kan redegjøre om det er handlet med uaktsomhet.¹⁸² Forslaget til Kommisjonen fremhever at det er skadelidte som skal bevise at han har blitt utsatt for en skadevoldende handling, og dermed har krav på erstatning. Skadelidte må fremlegge tilstrekkelige bevis og påvise at det foreligger en årsakssammenheng mellom overtredelsen og erstatningen.¹⁸³ Dermed må skadelidte komme med bevis om at overprisen for varen har blitt overført, og i tillegg at han er rammet av den.¹⁸⁴ Kommisjonen fremhever videre at bevisbyrden i forbindelse med å påvise en overpris ikke bør ha en lavere standard enn saksøkers bevisbyrde for at han er rammet av overprisen. Dette vil i så fall være med på å hindre at effektivitetsprinsippet får gjennomslag, slik at skadelidte ikke får dekket sitt tap.¹⁸⁵

4.4.4 Norsk rett

I erstatningsretten er det skadelidte som må bevise at skaden er voldt. Dette vil si at han må fremlegge bevis som taler for at det foreligger sannsynlighetsovervekt for de faktiske forhold som vurderes. Dersom det finnes uklarerheter om det økonomiske tapet eller størrelsen på dette, rammer det således skadelidte.¹⁸⁶ Det er også skadelidte som har bevisbyrden for at det foreligger årsakssammenheng mellom handlingen og den oppståtte skade. Retten kan ikke pålegge erstatningsplikt dersom den kommer frem til at det er mindre enn 50 % sannsynlig for at det foreligger årsakssammenheng mellom handlingen (den overførte overprisen) og tapet. Dersom retten er i absolutt uvisshet om hva som er mest sannsynlig, blir resultatet at den påståtte skadevolderen går fri.

Spørsmålet blir da om sannsynlighetsovervekten mellom handlingen og det økonomiske tapet er nok til å pålegge skadevolder erstatningsansvar. Rettspraksis er i tråd med

¹⁸² Lødrup (1999) Lærebok i erstatningsrett 4.utgave s. 111.

¹⁸³ Hvitboken s. 8-9.

¹⁸⁴ Arbeidsdokumentet. s. 65.

¹⁸⁵ Arbeidsdokumentet s. 65.

¹⁸⁶ Lødrup(1999) Lærebok i erstatningsrett 4.utgave s. 402.

overvektsprinsippet, og sannsynlighetsovervekt synes å være tilstrekkelig til å pålegge erstatningsansvar, jf. P-pilledommen II.¹⁸⁷ Førstvoterende uttalte her;

”[det] må være mer sannsynlig at bruken av p-piller har vært en nødvendig årsak til trombosen enn at det ikke har vært det” (s.70).

Annen voterende presiserer: Det er ” tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt for at bruken har vært en nødvendig betingelse...” (s.83).¹⁸⁸

I noen tilfeller er det skadevolderen som har bevisbyrden. Ofte er dette tilfeller hvor den påståtte skadevolderen har nødvendig informasjon og har bedre muligheter til å klargjøre hva som har skjedd. I disse tilfellene blir vedkommende pålagt erstatningsansvar dersom det ikke foreligger sannsynlighetsovervekt for at han ikke har voldt skaden.

4.4.5 Vurderinger

Forslaget til hvitboken om regler som avskjærer forskjellig rettslig argumentasjon er derimot ikke i samsvar med gjeldende norsk lovgivning. Ifølge Norges høringssvar er det lite aktuelt å innta en slik regel i tvisteloven i saker om erstatning for brudd på konkurransereglene. Likevel vil hvitbokens forslag om erstatning for økonomisk tap overfor kjøper (tredjemann) være i tråd med de alminnelige erstatningsrettslige krav om økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng. I forhold til dette forslaget synes ikke norsk rett å være i samsvar med norsk rett. Det er som nevnt over også lite trolig at tiltak blir iverksatt for å implementere dette forslaget. Som virkemiddel for den private håndhevelse i tilknytning til erstatningssøksmål, kan vi ikke se noen grunner til at forslaget vil få noen relevant betydning.

¹⁸⁷ Rt. 1992 s. 64. (P-pilledom II).

¹⁸⁸ Lødrup (1999) Lærebok i erstatningsrett 4.utgave s. 320.

4.5 Foreldelse

4.5.1 Hvitbokens forslag

Hvitboken forslag 2.7 foreslår en foreldelsesfrist i forbindelse med erstatningssøksmålet. Foreldelsesfristen er meget viktig i forbindelse med rettssikkerheten. Den spiller en sentral rolle med tanke på å fremsette et erstatningskrav, men kan samtidig utgjøre en hindring. Dette gjelder de selvstendige søksmål, ”stand-alone cases”¹⁸⁹, men også særlig de etterfølgende søksmål, som blir fremmet etter Konkurransetilsynet har fremmet vedtak¹⁹⁰ såkalt ”follow-on cases”¹⁹¹. Tidspunktet for når foreldelsesfristen begynner å løpe kan være komplisert å fastslå. Dette gjelder spesielt i tilfeller hvor det er løpende, gjentagne lovbrudd og situasjoner hvor man ikke er oppmerksom på en overtredelse av reglene.

At skadelidte ikke er bevisst på lidt tap kan for eksempel skje ved en ulovlig markedsposisjon hvor overtredelsen ofte er skjult. Kommisjonen foreslår at ved overtredelser som er løpende eller gjentagne, løper ikke foreldelsesfristen før overtredelsen har opphørt. Fristen skal beregnes fra tidspunktet hvor skadelidte med rimelighet kan ha forventet å ha fått kjennskap til lovbruddet og tapet som er oppstått. Ved etterfølgende søksmål, foreslår Kommisjonen at foreldelsesfristen skal settes til to år etter et endelig vedtak.¹⁹²

4.5.2 Norsk rett

Norske foreldelsesregler på sivilrettens¹⁹³ område reguleres av foreldelsesloven,¹⁹⁴ som har en alminnelig foreldelsesfrist på 3 år jf. fl. § 2. Når det gjelder krav på skadeerstatning reguleres dette av fl. § 9 (1), hvor hovedregelen er at krav på skadeerstatning foreldes etter 3 år. Foreldelsesfristen begynner å løpe etter den dag skadelidte;

¹⁸⁹ Hvitboken s. 8.

¹⁹⁰ Hjelmeng(2003)Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler. s. 562.

¹⁹¹ Hvitboken s. 8.

¹⁹² Hvitboken s. 8-9.

¹⁹³ Vi legger til grunn delikt.

¹⁹⁴ Lov av 18.mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer. Heretter omtalt som fl.

”fikk eller burde skaffet seg nødvendig kunnskap om skaden og den ansvarlige”

Dette kunnskapskravet er som regel oppfylt da skadelidte har kunnskap om at han/hun er blitt påført en skade eller at de konkrete skadevirkningene er kjent. Konkurranseloven er taus vedrørende foreldelsesfrister i konkurransesaker, men utgangspunktet kan være at foreldelsesfristen begynner å løpe i det konkurransemyndighetene har ferdigbehandlet saken.

4.5.3 Vurderinger

Hvitbokens forslag er at foreldelse ikke skal inntre før to år etter konkurransemyndighetenes vedtak er endelig. Norske myndigheter stiller seg positive til dette forslaget. Når det gjelder Norges implementeringsforpliktelser vedrørende foreldelse vil Norges gjeldende regelverk i foreldelsesloven ha en lengre frist enn hva hvitboken foreslår. Det bør derfor ikke foretas noen endringer verken i konkurranseloven eller foreldelsesloven i forhold til hvitbokens forslag. Etter vår mening bør ikke norsk rett endres, siden den er i overensstemmelse med hvitbokens forslag.

4.6 Forholdet til lempning

4.6.1 Hvitbokens forslag

Hvitbokens forslag 2.9 tar for seg ”interaction between leniency programs and actions for damages”.¹⁹⁵ Det er altså samspillet mellom lempningsprogrammet og erstatningssøksmål som står sentralt. Det hvitboken foreslår er å skjerme lempningsinformasjonen i lempningssøknader. Hovedgrunnen til dette er at man ikke ønsker at lempningsprogrammet skal virke mindre forlokkende selv om private erstatningssøksmål blir mer effektivt.¹⁹⁶ Denne skjermingen skal forekomme før og etter at retten har truffet kjennelse om

¹⁹⁵ Hvitboken s. 10.

¹⁹⁶ Hvitboken s. 10.

utlevering av opplysninger, og før og etter at konkurransemyndighetene har truffet beslutning.

4.6.2 Norsk rett

4.6.3 Lempningsprogrammet

Prissamarbeid, anbudssamarbeid og markedsdeling er eksempler på kartellvirksomhet som er forbudt etter både EF-traktaten art.81 og krrl. §§ 10. Dersom kartelldeltakere blir avslørt, risikerer disse overtredelsesgebyrer (bøter) inntil 10 % av selskapets omsetning.¹⁹⁷ Derfor er det nødvendig med incentiver som kan gjøre selskaper samarbeidsvillige til å avsløre og oppklare karteller overfor Kommisjonen/Konkurransetilsynet.

Lempningsprogrammet i EF-retten baserer seg på såkalt ”leniency notice”.¹⁹⁸ Hovedregelen er at det første selskapet som kontakter Kommisjonen/Konkurransetilsynet i saker som omhandler kartellvirksomhet kan helt eller delvis slippe overtredelsesgebyrene, og få lempning/amnesti i motsetning de andre kartelldeltakerne. I tillegg vil Konkurransetilsynet selv om vilkårene er til stede, heller ikke anmelde foretaket etter reglene om foretaksstraff.

Formålet med lempningsprogrammet er at kartelldeltakere skal ha incentiver til å bryte ut av det ulovlige samarbeidet, samtidig som de hjelper Konkurransetilsynet med å avsløre alvorlige brudd på konkurranseloven. Adgangen til lempning gjelder kun under kartellforbudet i EF-traktaten art. 81. Ved misbruk av dominerende stilling i markedet eksisterer det ikke en tilsvarende ordning.¹⁹⁹ Krrl. § 31 gir hjemmel for lempning overfor foretak som bistår Konkurransetilsynet med å oppklare egen eller andres overtredelse av

¹⁹⁷ FOR 2005-08-22 nr 909: Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr, § 2. Heretter omtalt som lempningsforskriften.

¹⁹⁸ Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker, EØS-tillegget 3/2003, s. 1/Kommisjonens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedssettelse i kartelsager, EFT 2006 C 298 s. 11.

¹⁹⁹ Kolstad, Ryssdal, Graver & Hjelmeng(2006) Norsk konkurranserett Bind II Prosess og sanksjoner s. 69.

forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid jf. krrl. § 10. Krrl. § 31 viser til lempningsforskriftens kapittel 3, hvor man skiller mellom hel eller delvis lempning.

4.6.3.1 Avkortning/begrensning av erstatningsansvaret

Det alminnelige erstatningsrettslige utgangspunktet i norsk rett er at for erstatningsbetingende handlinger gjelder et fullstendig skadeansvar. Etter lempningsprogrammet kan den som har overtrådt EF-traktaten art. 81 få redusert sitt erstatningsansvar etter at han meldte fra om konkurransebruddet. På dette punktet harmonerer altså ikke norsk rett med hvitbokens forslag. Det kan heller ikke sees behandlet i konkurranseretten eller erstatningsretten. Grønnboken har heller ikke reist dette spørsmålet så langt vi kan se. Konkurransetilsynet fremhever i sitt høringssvar at eventuelle forslag skal avventes fordi lempningsprogrammet fortsatt er nytt i norsk rett, og at man så langt ikke har sett virkningene av lempningsprogrammet.²⁰⁰ Justisdepartementet uttalte i sitt høringssvar at når det gjelder forholdet mellom lempningsprogrammet og erstatningssøksmål at:

”Når det gjelder overtredelse av EØS-avtalens art. 53 mot konkurransebegrensende samarbeid, kan en i tillegg stille spørsmålet ved om det er ønskelig å fravike det alminnelige erstatningsrettslige utgangspunkt om at skadevoldere er solidarisk ansvarlig for skade forvoldt i fellesskap jf. skadeerstatningsloven § 5-3”.²⁰¹

Dette kan tilsi at norsk rett bør klarlegge forholdet mellom lempningsprogrammet i krrl. § 31 og reglene i skadeerstatningsloven. Det skal således fremheves at skl. § 5-2 i tillegg har en bestemmelse om lempning av erstatningsansvar. Dette kan forsvare en lempning av erstatningsansvaret innefor konkurranseretten. Forarbeidene til skl. § 5-2 er taus om de konkurranserettslige problemer som kan oppstå.

²⁰⁰ Konkurransetilsynets høringssvar s. 8.

²⁰¹ Justisdepartementets høringssvar s. 6.

4.6.3.2 Hel eller delvis lempning

Prinsippet som gjelder fullt og helt ved lepningsprogrammet er at det første foretaket som henvender seg til konkurransemyndighetene, og som oppfyller vilkårene, vil oppnå full lempning. Vilårene for at en kartelldeltaker skal oppnå full lempning vedrørende overtredelsesbøter er at Konkurransetilsynet ikke allerede har kjent til overtredelsen, eller vært i besittelse av tilstrekkelig bevis forut for henvendelsen jf. lepningsforskriften § 4 litra a og b. I tillegg må selskapet levere alle de bevis de har knyttet opp mot kartellvirksomheten jf. krrl. § 25 jf. lepningsforskriften §§ 4 og 5. Selskapet må heller ikke ha tvunget andre selskaper til å delta i kartellvirksomheten og de må til enhver tid samarbeide med Konkurransetilsynet og naturlig nok ha avsluttet sin kartellvirksomhet jf. lepningsforskriften § 4. Konkurransetilsynet kan innvilge delvis lempning dersom foretaket kan fremlegge bevis som vesentlig styrker muligheten for å påvise overtredelse av krrl. § 10 jf. lepningsforskriften § 6. Lepningsforskriften § 7 oppstiller en reduseringskurve hvor det første foretaket som oppfyller vilkårene i lepningsforskriften § 6 vil få en lempning fra 30-50 %. Den neste vil gis lempning mellom 20-30 % og øvrige foretak inntil 20 % lempning. Det legges da vekt på hvilket stadium bevisene fremlegges, styrken av disse, og i hvilken grad foretaket har samarbeidet med Konkurransetilsynet.

4.6.3.3 Hvem underrettes om lempningen

Konkurransetilsynet skal underrettes vedrørende lempningssøknader som berører krrl. § 10 og hvor kartellvirksomheten har virkeområde innenfor Norge jf. lepningsforskriften §§ 8 og 9. I tilfeller der det kan være sannsynlig at kartellet kan ha hatt virkning ut over Norges grenser, må kartellet selv søke om lempning hos ESA /Kommisjonen, eventuelt andre nasjonale konkurransemyndigheter. Problemet med lepningsordningen er at man ikke kan være sikker på om man er først ute. Normalt kan man innsende en generell forespørsel til Konkurransetilsynet hvor man redegjør for situasjonen, og hvor de kan ta stilling til om man er i en kartellignende situasjon eller ikke. Dette avklarer derimot ikke situasjonen om hvorvidt man er først ute. Normalt konsulteres advokat før man sender inn endelig lempningssøknad. At man ikke kan være sikker på at man er først ute, skaper liten forutberegnlighet for de som ønsker å bryte ut av karteller. Til tross for dette vil

konsekvensene bli desto større dersom Konkurransetilsynet på egen hånd avdekker kartellvirksomheten. Ved å sende inn lempningssøknad vil man i alle fall kunne bli belønnet med delvis lempning dersom man ikke er først ute.²⁰²

4.6.4 Vurderinger

Forlikssaker har normalt vært gjennomført i sivile saker der partene kan inngå avtaler om forlik på ethvert tidspunkt i saken. Hensynene bak forliksordningen og incentivene til å inngå forlik er forskjellige i USA og Europa. I USA praktiseres det slik at partene er pliktig til å gi forespurt informasjon til hverandre i forkant av saken. I Europa fremlegges bevis i selve domstolsprøvingen. For Norges del er lepningsprogrammet fortsatt veldig nytt og man har ikke kartlagt de nødvendige praktiske erfaringer som er nødvendig for en vurdering av hvorvidt norsk rett behøver endring. Forslaget anses som kontroversielt, siden det griper inn i de nasjonale prosessordninger vedrørende bevisfremleggelse.²⁰³

²⁰² Informasjonshefte fra Konkurransetilsynet vedrørende informasjon rundt lempning og karteller, nærmere om dette på Konkurransetilsynets hjemmesider.

²⁰³ Hjelmeng (2008) Nytt i Privatretten nr. 2. Hvitbok om privat håndhevelse av EFs konkurranseregler s. 20.

5 Vurderinger

5.1 Fremtiden til hvitboken

Norge har lagt til rette for ”follow – on” søksmål, men har ingen kartellsaker som er egnet for denne type søksmål. Det hevdes i konkurransemiljøer at det kan være ønskelig med flere forlik fremfor full prosedyre. På en annen side mangler vi vedtak som ”follow-on” søksmål kan bygge på, noe som vanskeliggjør denne formen for søksmål. Derimot kan det nevnes at Statens vegvesen nylig stevnet NCC Construction AS og Reinersten AS med krav om erstatning for ulovlig prissamarbeid under bygging av broer i Nordland. Statens vegvesen gikk til forlik mot to andre entreprenører, Skanska Norge AS og Veidekke ASA. Disse gikk med på å betale seks millioner kroner hver i erstatning for omfattende ulovlig pris- og anbudssamarbeid og markedsdeling i anleggsbransjen mellom 1994-2000.²⁰⁴ Dette kan i det minste tyde på at det eksisterer et fokus rundt privat håndhevelse.

Når det gjelder resultatet av hvitboken, vil vi igjen fremheve at det knytter seg en del usikkerhet til akkurat denne formen. Kommisjonen omtaler hvitboken kun som forslag, og på denne bakgrunn kan det tenkes at forslaget kan resultere i ikke-bindende retningslinjer. Problemet er at ikke-bindende retningslinjer skaper ingen direkte forpliktelser for medlemsstatene, siden de selv vil avgjøre hvorvidt retningslinjene skal følges. Dersom hvitboken skulle bli vedtatt som en forordning vil innholdet bli bindende og kommet til direkte anvendelse i alle medlemsstatene jf. EF-traktaten art. 249. Dette ville klart være en fordel om forslagene hadde fått direkte anvendelse i medlemsstatene, på denne måten vil medlemslandene fått felles regler å forholde seg til. Med hensyn til den private håndhevelse, vil felles regler med direkte anvendelse i medlemslandene kunne sørget for et effektivt håndhevelsesregime innenfor konkurranseretten.

Uavhengig resultatet eller formen til hvitboken, er spørsmålet slik vi ser det om forslagene bør beholdes samlet, eller om noen av forslagene skal videreutvikles, mens andre bør

²⁰⁴ Nyheter fra konkurransetilsynets hjemmesider www.konkuransetilsynet.no.

forkastes. Vi mener at søksmålsformer, tilgang på dokumentbevis, erstatningsutmåling, foreldelse, skyld og forholdet til lemping bør beholdes og eventuelt videreutvikles. De resterende forslagene, som bindende konkurransemyndigheters avgjørelse i konkurransesaker, overpris og sakskostnader er forslag som vi tror blir vanskelig å gjennomføre i praksis, siden disse krever særlige endringer ved medlemsstatenes prosessuelle lovgivning.

5.2 Resultater og konklusjon

Vi har gjennom denne avhandlingen belyst hvitbokens forslag, noen mer grundig enn andre, men likevel fått belyst hovedideen i hvert enkelt forslag. Under våre vurderinger har vi sammenlignet hvitbokens forslag opp mot norsk rett, for deretter å avgjøre hvorvidt norsk rett var i overensstemmelse med hvitbokens forslag. I noen tilfeller var ikke norsk rett i overensstemmelse, og i andre tilfeller heller ikke regulert i norsk rett. I disse tilfellene har vi forsøkt å gi en vurdering av hva som må til for at forslaget skal kunne gjennomføres i norsk rett, herunder ulemper og fordeler med forslagene.

Vi fremhever i avhandlingens problemstilling at vi skal vurdere om forslagene i hvitboken er tilstrekkelige egnede virkemidler for effektiv håndhevelse som følge av brudd på EF-traktatens art. 81 og 82. Dette vil vi forsøke å besvare i det følgende.

Som vi presiserer innledningsvis har det private håndhevelsesregime ikke fått stor innpass i europeisk rettskultur til tross for at det finnes grunnlag for en slik håndhevelse i EF-retten, gjennom utvikling av effektivitetsprinsippet og *Courage*-dommen. Amerikansk rett anses som forbilde for den private håndhevelse, og benytter finansieringsordninger av søksmål, tredobling av erstatningssummen, prosentbasert salær og jury i erstatningssaker for å gjøre den private håndhevelse attraktiv. Hvitboken innfører forslaget om gruppesøksmål, men ingen av de amerikanske ordningene. Spørsmålet er om privat håndhevelse vil fungere i EU til tross for denne manglende ordningen. Etter vår mening er hvitbokens forslag om gruppesøksmål likevel et godt utgangspunkt for privat håndhevelse, siden dette forslaget er

utformet etter hva som kan fungere innenfor europeisk rettstradisjon. Derfor synes vi at dette forslaget kan være et godt virkemiddel for den private håndhevelse.

Når det gjelder hvitbokens forslag om fremleggelse av bevis, synes dette forslaget i stor grad å gi de skadelidte en utvidet adgang til å fremskaffe de nødvendige bevis som trengs gjennom et erstatningssøksmål. Vi er derfor positive til dette forslaget som virkemiddel for effektiv håndhevelse.

Når det gjelder hvitbokens forslag om avgjørelser av nasjonale konkurransemyndigheter skal få bindende effekt i senere erstatningssøksmål mellom de samme parter og de samme faktiske forhold, er vi skeptiske til hvorvidt dette forslaget i realiteten kan la seg gjennomføre. Etter vår mening kan dette forslaget være med på å styrke en effektiv adgang for privat håndhevelse av konkurransereglene. Derimot vil forslaget kreve særlige prosessuelle endringer i medlemsstatene interne lovgivning, av den grunn synes vi forslaget likevel ikke er egnet til å fremme privat håndhevelse.

Forslaget om å innføre regler om sakskostnader som fraviker det alminnelige prinsippet i europeisk rett om å la den tapende part betale sakskostnadene, vil etter vår mening heller ikke være et godt virkemiddel for privat håndhevelsesadgang. Når det gjelder dette forslaget kan norsk rett anses å være et steg foran. Dette på grunnlag av at norsk rett gjennom tvisteloven, har anledning til å fastsette et maksimalansvar for gruppemedlemmene i et gruppesøksmål.

Når det gjelder forslaget om skyldkrav i hvitboken er vi usikre på om dette kan være et godt virkemiddel for privat håndhevelse. Siden skyldkravet praktiseres forskjellige i medlemsstatene, er skyldkravet i hvitboken kun rettet mot de medlemsstater som har regler om skyld i sin interne lovgivning. Derimot er vi av den oppfatning at dette forslaget bør presiseres nærmere av Kommisjonen.

Forslaget om erstatningsutmåling kan være et godt virkemiddel, særlig med hensyn til at hvitboken foreslår ikke-bindende retningslinjer for utmåling av erstatning innenfor konkurranseretten. Denne utmålingen er blitt påpekt vanskelig, slik at eventuelle retningslinjer på dette området muligens vil kunne oppklare en del usikkerhet. Dette forutsetter at de ikke-bindende utmålingsreglene ikke vil påvirke eventuelle gjeldende prosessuelle lovgivning i medlemsstatene. Dersom retningslinjene viser seg å være effektive, kan det være et godt virkemiddel ved at den styrker den private håndhevelse.

Forslaget om å innføre regler om å påberope seg argumenter ved overvelting av overpris er vi skeptiske til om er et godt virkemiddel. I tillegg er vi skeptiske til om det lar seg praktisk gjennomføre i medlemsstatene.

Hvitbokens forslag om foreldelse kan tenkes å være et godt virkemiddel for den private håndhevelse, fordi dette klargjør foreldelse i forhold til når private har adgang til å fremme erstatningssøksmål.

I forhold til lempningsprogrammet som sådan er vi positive til den funksjon denne har innenfor konkurranseretten. Derimot i tilfeller hvor bevis skal skjermes ved lempningssøknader er vi usikre på om dette er godt virkemiddel for den privates håndhevelsesadgang. Vi ser at det kan oppstå ulike avgrensingsproblemer med hensyn til hvilke bevis som bør fremlegges, og hvilken informasjon som bør skjermes.

5.2.1 Konklusjon

Når det gjelder hvitbokens forslag under ett, vil norsk rett være i overensstemmelse med de aller fleste punkter, og det vil i hovedsak kreves små endringer i norsk rett for å ivareta hvitbokens forslag. Når det gjelder de prosessuelle forslagene vil det kreves endring på enkelte punkter særlig i forhold til konkurransemyndigheters bindende effekt. Dersom det skulle bli nødvendig med prosessuelle endringer vil dette trolig også kreve implementering i forhold til EØS-avtalen.

Etter en helhetsvurdering konkluderer vi med at forslagene i hvitboken samlet sett *ikke er* tilstrekkelig virkemidler for privat håndhevelse og retten til full erstatning som følge av brudd på EF-traktatens art. 81 og 82. Noen av forslagene som nevnt overfor kan likevel være godt egnet virkemidler for en effektiv håndhevelse isolert sett. Etter vår mening bør heller disse forslagene utvikles i større grad og utdypes nærmere av Kommisjonen. Langt på vei synes vi likevel norsk rett kan være et forbilde, siden norsk rett allerede har ivaretatt store deler av forslagene i hvitboken.

6 Kilder

Litteratur

- Fejø
Fejø, Jens. Den nye EU- konkurreret i nordisk perspektiv, ”Håndhevelse av konkurransereglene – mot en definert rolle for private” av Erling Hjelmeng (2005).
- Fredriksen
Fredriksen, Halvard Haukeland. Festskrift til juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen i anledning 25 års jubileet. EF-domstolens effektivitetsdoktrine og norsk sivilprosess (2005).
- Fredriksen
Fredriksen, Halvard Haukeland. Tidskrift for Rettsvitenskap nr 3. ”Tvisteloven og EØS avtalen” (2008).
- Hagstrøm
Hagstrøm, Viggo. Culpanormen, 4.utgave Oslo(1983).
- Hjelmeng
Hjelmeng, Erling. Nytt i Privatretten nr. 2. Hvitbok om privat håndhevelse av EFs konkurranseregler s. 20 (2008).
- Hjelmeng
Hjelmeng, Erling. Privat håndhevelse av EØS- avtalens konkurranseregler, Bergen (2003).
- Hov
Hov, Jo. Rettergang I, Sivil- straffeprosess, Oslo (2007).

Hov	Hov, Jo. Rettergang III, Sivilprosess, Oslo (2007).
Hovenkamp	Hovenkamp, Herbert. Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice. Third edition (2005).
Kolstad mfl.	Kolstad mfl. Norsk konkurranserett Bind II, Prosess og sanksjoner ved Hans Petter Graver og Erling Hjelmeng. Oslo (2006).
Komninos	Komninos, Assimakis. White Paper on Damages Actions for Breach of European Antitrust Rules ,White & Chase LL.P. (2008).
Lidgard	Lidgard, Hans Henrik(2008) Konkurrenserettslig skadestånd (artikkel under utarbeidelse).
Lødrup	Lødrup, Peter. Lærebok i erstatningsrett 4.utg, Oslo. (1999).
Nagelhus	Nagelhus, Torbjørn Hagerup. Jussen Venner-Nr.03-”Tvisteloven:Vilkår for fremming av gruppesøksmål” (2008).
Nebbia/Szyszczak	Nebbia, Szyszczak, White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust, School of Law, Centre for European Law and Integration, University of Leicester (2008).

Robberstad	Robberstad, Anne. Norske dommeres plikt til å veilede om EØS-retten, Lov og Rett s. 195. (2002).
Schei/Bårdsen mfl.	Schei, Bårdsen mfl. Tvisteloven, Oslo (2007).
Sejersted mfl.	Sejersted, Fredrik mfl. EØS-rett. 2. utg. Oslo, (2004).
Wright, Miller and Kayne	Wright, Miller and Kayne, Federal Practice and Procedure, volume 7A, St. Paul, Minn, med senere oppdateringer. S.510 flg.(1986).
Østby	Østby, Peder. Konkurranserett – En strategisk og rettsøkonomisk tilnærming, Oslo (2008).

Lovgivning

Lover og forskrifter

Lov 5.mars 2004 nr.12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger. (konkurranseloven).

Lov 17.juni 2005 nr.90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).

Lov 10.februar 1967 om behandlingsmåte i forvaltningssaker.(forvaltningsloven).

Lov 19.juni 1970 nr.69 om offentlighet i forvaltningen (offentlighetsloven).

Lov 8.januar 1993 nr. 21 om gjennomføring i norsk rett av Luganokonvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker.

Lov 26.juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse.

Lov av 13.juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning.

Lov 18.mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).

Lov 5.mars 2004 nr.11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Lov 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett. (menneskerettsloven)

FOR 2005-08-22 nr 909: Forskrift om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr.

Traktater/Konvensjoner

Traktaten om den europeiske union av 7.februar 1992.

Konvensjonen om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker vedtatt i Lugano 16. september 1988 med protokoller.

Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene innført ved Lov av 21.mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Traktaten om opprettelse av Det Europæiske Fællesskab (EF), Roma 25.mars 1957.

Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol (ODA) av 2.mai 1992.

Brusselkonvensjonen av 27. September 1968 om domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile saker hvor konvensjonen er gjennomført ved forordning nr.44/2001.

The Single European Act, 1987.

Praksis

EF-domstolen

Courage

Sak C-453/99, *Courage Ltd* mot Bernhard Crehan, sml.2001 s. I-6297.

Francovich

Forente saker C-6/90 og C-9/90, *Andrea Francovich* mfl. v. Italia, Saml. 1991 s. I-5357.

Muñoz

Sak C-253/00, *Antonio Muñoz y Cia SA* og *Superior Fruiticola SA* mot *Frumar Ltd* og *Redbrigde Produce Marketing Ltd.*, Sml. 2002 side I-7289.

Retten i første instans

Manfredi

Forente saker C-295-298/04, *Vincenzo Manfredi* v *Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito* v *Fondiararia Sai SpA* (C-296/04) and *Nicolò Tricarico* (C-297/04) and *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) v *Assitalia SpA*.

ThyssenKrupp

Forente saker T-45/98 og T-47/98 *Krupp Thyssen Stainless GmbH* og *Acciai speciali Terni SpA* mot *Kommisjonen*, Sml. 2001 s. II-3757.

EFTA-domstolen

Sveinbjörnsdottir

Sak E-9/97, Erla Maria *Sveinbjörnsdottir* mot Island, REC 1998 s.95.

Amerikansk rettspraksis

Hanover Shoe

Hanover Shoe v. United Shoe Mach, 392 U.S. 481 (1968).

Brunswick

Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc. 429 U.S 477(1977).

Illinois Brick

Illinois Brick Co. V Illinois, 439 U.S.720(1977).

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1936 s. 368.

Rt.1960 s. 1391.

Rt. 1970 s. 1543.

Rt. 1977 s. 799.

Rt. 1992 s. 64. (P-pilledom II).

Rt. 2005 s. 597.

Kommisjonens beslutninger

Microsoft	Kommisjonens beslutning av 24.mars 2004 (Sak COMP/C-3/37.792).
-----------	--

Dokumenter fra Kommisjonen/EFTA

Hvitboken	White paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules COM (2008) 165 final, Brüssels 2.4. 2008.
Arbeidsdokumentet	Commission Staff Working paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules (SEC (2008) 404).
Analyserapporten	Commission Staff Working paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, Impact Assessment (SEC (2008) 405).
Kommisjonens pressemelding	Antitrust: Commission presents policy paper on compensating consumer and business victims of competition breaches IP/08/515.
Kommisjonens Memo 08/216	Memo/08/216 Brüssel 3. April 2008 Antitrust: policy paper compensating consumer and

business victims of competition breaches -
frequently asked questions.

Deringer rapporten

Assemblée parlementaire européenne,
Documents de Séance 1961-1962, Rapport
Deringer September 7, 1961.

Kommisjonens pressemelding

IP/07/209 Competition “Commission fines
members of lifts and escalators cartels over €990
million” Brussels, 21. Februar 2007.

Rådsforordning

Rådsforordning (EF) nr. 1/2003, EFT 2003 L 1,
s.1.

Kunngjøring fra EFTA

Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan om
fritak for eller nedsettelse av bøter i kartellsaker,
EØS-tillegget 3/2003, s 1.

Kommisjonens meddelelse

Kommisjonens meddelelse om bødefritagelse
eller bødenedssettelse i kartelsaker, EFT 2006 C
298 s.11.

Konkurransetilsynets vedtak

Borregaard	Vedtak V 2008-4 (Borregaard).
Brenntag	Vedtak V 2008-5 (Brenntag).
Tine BA	Vedtak V 2004-10 (TINE BA).

Norske forarbeider

NOU 2003: 12 Ny Konkurranselov.

NOU 2001:32 Rett på sak lov om tvisteløsning (tvisteloven).

Ot.prp.nr.51 (2004-2005). Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Innst.O. nr. 110 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

